FELICE SOLARI
PIANEZZO

La determinazione intenzionale e colposa del sinistro

con speciale riguardo al rapporto tra le norme di colpevolezza e le clausole di esclusione del rischio

TESI DI LAUREA

Arti Grafiche ARTURO SALVIONI & Co., Bellinzona - 1941

FELICE SOLARI
PIANEZZO

La determinazione intenzionale e colposa del sinistro

con speciale riguardo al rapporto tra le norme di colpevolezza e le clausole di esclusione del rischio

TESI DI LAUREA

Arti Grafiche ARTURO SALVIONI & Co., Bellinzona - 1941

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La facoltà ha accettato la presente tesi di laurea il 17 novembre 1938, su proposta del Prof. Dr. Théo Guhl, senza prendere posizione di fronte alle opinioni in essa espresse.

Alla cara Memoria
di mio Padre

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0019

INDICE

Bibliografia — Riviste — Fonti di diritto, raccolte di giudizî e materiali 11

INTRODUZIONE

§ 1. Scopo e campo del lavoro. Impostazione del problema . 15
§ 2. Evoluzione storica del problema della determinazione . 17

Cap. I: **Principî generali**

§ 3. Il sinistro 23
I. Il sinistro nell'ambito del CA.
II. Nozione di sinistro.
III. Il sinistro in qualità di fattispecie.
IV. Il sinistro e il corso del rischio (momento in cui si avvera il sinistro).

§ 4. Il concetto di determinazione 38
I. Determinazione ed omissione.
II. Determinazione ed aggravamento del rischio.

§ 5. La colpa 48
I. L'intenzione.
II. La colpa (imprudenza o negligenza).
III. La « culpa in eligendo et custodiendo ».

§ 6. Il nesso causale 53
I. In generale.
II. La causalità dell'omissione.

III. L'aggravamento del rischio e il nesso causale nella determinazione.

Cap. II: **Costruzione giuridica delle norme di colpevolezza**

§ 7. Natura giuridica della determinazione 63
I. « Obblighi od oneri d'assicurazione » e determinazione.
II. Altre teorie inammissibili.
III. Le norme sulla determinazione del sinistro in qualità di regole sulla estensione del rischio.

§ 8. La responsabilità dell'assicurato 73
I. Il principio contenuto nella legge.
II. L'estensione della responsabilità dell'assicurato nell'ambito del diritto comune

Cap. III: **Effetti della determinazione del sinistro**

A) **Sulla prestazione dell'assicuratore**

§ 9. Determinazione dell'assicurato 82
I. In generale.
II. Il dovere d'umanità.
III. Deroghe all'ordinamento della LCA.
A) Deroghe contrattuali.
B) L'ordinamento della LFC.

§ 10. Determinazione di persone ausiliarie 97
I. La fattispecie e gli effetti della stessa.
II. Il concetto di persona ausiliaria.
III. Deroghe al principio della LCA.

§ 11. B) **Sulla sorte giuridica del contratto** 101
I. Il danno totale.
II. Il danno parziale.
III. La restituzione dei premi.

Cap. IV:

§ 12. L'onere della prova 107
I. Il caso normale.
II. Casi particolari.
III. La prova nell'assicurazione infortuni.

Cap. V: **Esclusione del rischio e norme sulla determinazione.**

§ 13. L'esclusione del rischio 115
I. Complesso del rischio e rischio base del contratto.
II. Diverse specie di clausole d'esclusione.
§ 14. Rapporto tra le norme di colpevolezza e l'esclusione del rischio 119
I. Clausole d'esclusione e norme dispositive.
II. Clausole d'esclusione e norme imperative.

Conclusione 127

BIBLIOGRAFIA

Ancey & Sicot, La loi sur le contrat d'assurance, Paris, 1930.

Auer, Die Haftung für Hilfspersonen, mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes. Quad. 88 delle « Abhandlungen zum schweizerischen Recht », Bern, 1933.

Bensa, Il contratto d'assicurazione nel Medio Evo, Genova, 1884.

Broquet, Essai sur l'intêret économique dans le contrat d'assurance, diss. Losanna, Sion, 1932.

Bruck, Das Privatversicherungsrecht, Berlin, 1930.

Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag nebst dem zugehörigen Einführungsgesetz (Commentario), Berlin, VI edizione 1929, VII edizione 1932.

Capitant, Comparaison du projet de loi relatif au contrat d'assurance, avec le projet allemand du 1903 et le projet suisse du 1904, Paris, 1906.

Ehrenberg, Privatversicherungsrecht, quad. XIII della « Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft », Berlin, 1923.

Ehrenberg, Das « Interesse » im Versicherungsrecht, München-Leipzig, 1915.

Fick, Versicherungsrechtliche Abhandlungen, Zürich, 1917-18.

Framhein, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles in « Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft ». Quad. XLI, Berlin, 1927.

Gerhard-Hagen, Kommentar zum deutschen Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, Berlin, 1908.

Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- Wechsels- und Versicherungsvertragsrechtes, Zürich, 1933.

Guhl, II edizione, in 2 volumi della stessa opera, Zürich, 1937.

Guyer, Die Wirkungen der Selbsttötung im Lebensversicherungsvertrag, Zürich, 1890.

Huber, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles, diss. Köln, Borna-Leipzig, 1931

Koenig, Gegenstand der Versicherung. Eine systematische Begründung des Versicherungsrechtes ohne den Interessenbegriff. Quad. 63 delle « Abhandlungen zum schweizerischen Recht », Bern, 1931.

De Kalbermatten, L'aggravation du risque en matière d'assurance — art. 28 de la loi suisse sur le contrat d'assurance, in « Berner wirtschaftwissentschaftliche Abhandlungen », Bern, 1933.

Mahnes, Versicherungslexilon, Tübingen, 1909.

Mossa, Compendio del diritto d'assicurazione, Milano, 1936.

Mossa, Saggio legislativo sul contratto d'assicurazione, Pisa, 1931.

Ostertag-Hiestand, Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Zürich, 1928.

Ramella, Trattato delle assicurazioni, Torino, 1921.

Roelli, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bern, 1914.

Roelli-Jaeger, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bern, II volume 1932, III volume 1933.

Schneider, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, München 1908.

Sommer, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, diss. Göttingen 1913.

Strebel, Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, IV e V Lieferung, Zürich, 1936.

Stupp, Die Herbeiführung des Versicherungsfalles. Diss. Köln. Würzburg, 1933.

von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, Tübingen, 1925.

Vivante, Del contratto d'assicurazione — di pegno — di deposito nei magazzini generali, Torino, 1936.

Weyermann, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit, diss. Bern, 1929.

Ziegler, Untersuchungen über die Begriffe « befürchtetes Ereignis » und « Versicherung » in « Abhandlungen zum schweizerischen Recht » quad. 111, Bern, 1933.

Zingg, Die Befreiung des Versicherers von der Leistungspflicht nach dem Versicherungsvertragsgesetz, Diss Bern, 1926.

RIVISTE (1)

Schweizerische Versicherungszeitschrift, Bern (SVZ).

Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, Berlin (Z. f. d. ges. Vers. Wiss).

Schweizerische Juristenzeitung, Zürich (SJZ).

Assicurazioni, Rivista di Diritto, Economia e Finanze delle Assicurazioni private, Roma (Assicurazioni).

Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obbligazioni, Milano (RDC).

Repertorio di Giurisprudenza Patria, Bellinzona (RGP).

FONTI DI DIRITTO, RACCOLTE DI GIUDIZI E MATERIALI.

Legge federale sul contratto d'assicurazione del 2 aprile 1908 (LCA).

Legge federale sulla circolazione degli autoveicoli del 13 marzo 1932 (LFC).

Codice Civile Svizzero (CCS).

Codice delle Obbligazioni (CO).

Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (LEF).

Sentenze del Tribunale Federale, raccolta officiale, Losanna, (RO).

---

(1) Le abbreviazioni indicate tra parentesi sono quelle usate nel lavoro. Riviste (o comunque opere) consultate solo occasionalmente saranno citate con il loro titolo integrale nelle note in calce.

Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungstreitigkeiten. Raccolti ed editi dall'Ufficio Federale delle Assicurazioni (RUA).

Die Praxis des Bundesgerichtes. - Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts, Basilea (Praxis).

Progetto di una legge sul contratto d'assicurazione elaborato da Roelli, 1896.

Motivi al Progetto Roelli.

Entwurf zu einem Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag.

Ergänzung der Vorlage vom Januar 1896, Bern 1896.

Expertenkommission betreffend Gesetzesentwurf über den Versicherungsvertrag. Protokoll der Verhandlungen.

Protokoll der juristischen Subkommission.

Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag mit den Abänderungen der technischen und der juristischen Subkommission.

Protokoll der Verhandlungen der wirtschaftlischen Subkommission.

Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag mit den Abänderungsbeschlüssen der drei Subkommissionen der Expertenkommission.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag.

Protokoll der Beratung der Ständeratkommission.

Protokoll der Beratung der Nationalratkommission.

Amtliches stenographisches Bulletin. Anno 1905.

INTRODUZIONE

§ 1. Scopo e campo del lavoro. Impostazione del problema.

I. Nel nostro lavoro, ci proponiamo di discutere le numerose questioni inerenti al problema della determinazione (1) del sinistro.

Il lavoro non sarà (e nemmeno potrebbe essere) solo una discussione di questioni puramente teoriche od un costrutto di finezze astratte: esso vuol essere, prima di tutto, un modesto contributo alla pratica del diritto d'assicurazione. Cercheremo, nello stesso, di chiarire situazioni, risolvere questioni che hanno una loro importanza pratica, nell'ambito dell'evoluta moderna assicurazione che è pur sempre in crescente sviluppo.

Il problema della determinazione del sinistro è trattato, in modo che può ritenersi esauriente, dalle norme degli art. 14 e 15 LCA, cosidette norme di colpevolezza (2). Queste norme, pur tenendo conto delle esigenze dei tempi, dell'evolversi dei bisogni economici che stanno alla base del vivere civile, e che devono quindi anche stare alla base delle norme che regolano questo vivere civile, peccano però di confusione, mancano di chiarezza, qualità indispensabile di ogni buona norma giuridica. Compito nostro particolare sarà quello di cercare di dare, al diritto vigente sulla questione, un volto più chiaro, un aspetto più netto e distinto, e di presentarlo in un assieme più organico. In questo nostro

(1) Il termine, che non è quello della legge, è stato tolto al Mossa, « Saggio legislativo » pag. 18, e « Compendio del diritto d'assicurazione » pag. 58. Egli, intendendo la determinazione del sinistro per fatto o colpa dell'assicurato, parla anzi di « autodeterminazione ». Il termine in questione è stato da noi usato perchè ci sembra assai più plastico del « cagionare » della nostra legge, e perchè rende assai bene il concetto espresso in tedesco con « Herbeiführung ».

(2) Per norme di colpevolezza (Verschuldensnormen) intenderemo, d'ora in poi, quelle norme che regolano il problema della determinazione del sinistro: presupposti ed effetti.

sforzo, ci saranno d'ausilio l'uso, la giurisprudenza e la dottrina in materia assicurativa.

Questo fine particolare va messo in relazione con quello generale della trattazione sopra citato e trova giustificazione nel fatto che la materia, a malgrado della trattazione nei vari commentarî, non ha, fino ad oggi, trovato una definitiva conclusione, nel diritto svizzero, e che il problema, in qualità di tutto omogeneo, non è stato ancora trattato nella nostra letteratura: se in questo campo abbiamo avuto qualche tentativo, questo era unicamente rivolto alla parziale trattazione dei rapporti di responsabilità tra l'assicurato e le sue persone ausiliarie (3). Questo non è che uno dei tanti aspetti del problema, il quale doveva pur venire trattato anche nel suo complesso, sistematicamente.

II. Il nostro vuol essere esclusivamente uno studio di diritto civile: eventuali problemi di diritto pubblico in genere e di diritto penale in particolare, che con il tema potessero avere qualche rapporto, restano quindi esclusi dalla trattazione (4).

Nel campo del diritto privato d'assicurazione, il lavoro si propone una trattazione di portata generale del problema: i risultati non devono essere limitati ad un ramo o comunque ad una categoria di rami d'assicurazione, ma devono trovare applicazione all'assicurazione in generale, o perlomeno alle assicurazioni presso le quali la fattispecie della determinazione entra in linea di conto.

Una limitazione del campo del lavoro è quella riguardante la fattispecie: non vogliamo trattare tutte le fattispecie di determinazione pensabili, ma soltanto quelle che danno luogo ad un rapporto diretto tra l'assicuratore e l'assicurato, per una responsabilità di quest'ultimo sia per determinazione propria, sia per determinazione altrui. Ci limiteremo alla

(3) Cfr. Auer, « Die Haftung für Hilfspersonen, mit besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechtes », diss. Berna. In preparazione è pure un'altra diss. bernese di Dolder, « Die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen ».

(4) Ciò è reso possibile dalla struttura stessa del nostro ordinamento giuridico: una distinzione dei due campi non sarebbe possibile, ad es. nel diritto svedese, il quale nella trattazione del problema che ci interessa, fa appello a nozioni peculiari di diritto penale. Il § 18 della legge svedese ha infatti come presupposto, affinchè le conseguenze della determinazione siano possibili, la imputabilità dell'assicurato per delitti.

trattazione del rapporto contrattuale, nel quale le conseguenze possono essere sbrigate direttamente tra le parti. Una determinazione di terza persona per la quale non è data nessuna responsabilità dell'assicurato, gli eventuali rapporti di regresso tra l'assicuratore e il terzo non rientrano nel tema del nostro lavoro.

III. Il principio informatore del nostro lavoro è il rapporto tra le norme della determinazione e la esclusione del rischio: in sostanza saranno presi in considerazione quegli elementi che dal contratto possono essere messi alla base dei rapporti tra assicuratore e assicurato. Questo principio sarà tenuto presente durante tutto lo svolgimento della trattazione ed allo stesso sarà dedicato l'ultimo capitolo che cercherà di esaurire quanto, — di questo rapporto — che per ragioni logiche non ha potuto essere trattato prima.

Il piano sistematico comprende poi un capitolo di portata generale in cui saranno esaminati i presupposti della fattispecie. In un secondo capitolo avremo campo di trattare, da un punto di vista teorico, le questioni riguardanti la natura giuridica del problema. Nel terzo capitolo saranno poi oggetto della discussione le conseguenze pratiche della fattispecie; nel quarto verranno esaminati i problemi a carattere formale riguardanti la prova dei fatti e delle circostanze che legittimano quelle conseguenze, mentre che nell'ultimo capitolo sarà trattato ancora ed in ispecial modo il rapporto di cui era parola più sopra.

§ 2. Evoluzione storica del problema della determinazione (5).

Non è senza importanza far seguire, in sede introduttiva, alcuni cenni sullo sviluppo storico del problema riguardante la determinazione del sinistro nella dottrina, nella giurisprudenza e soprattutto nella legislazione e nelle condizioni d'assicurazione. Questa evoluzione ha importanza specialmente agli effetti della prestazione dell'assicuratore e della

(5) Per quanto riguarda l'evoluzione storica, cfr. i Motivi all'art. 17 del Progetto Roelli 1896 per una legge sul contratto d'assicurazione.

conseguente responsabilità dell'assicurato per la propria determinazione e per la determinazione di terza persona.

L'assicurazione, ai suoi primordi, appare come un'istituzione destinata a salvaguardare il privato, perlomeno economicamente, dalla forza maggiore. Soltanto i rischi che si riferivano al caso fortuito venivano presi in considerazione dal contratto, e soltanto i danni che erano dovuti al caso venivano risarciti dall'assicuratore. Questa situazione di cose è chiaramente individuabile nella assicurazione marittima, che fu il primo ramo d'assicurazione, cronologicamente, e che ebbe origine dal « foenum nauticum » o prestito marittimo, il quale economicamente, se non giuridicamente, si identifica con l'assicurazione.

Per lungo tempo (dal XIII al XVII secolo) l'assicurazione marittima fu anche il solo ramo: e dobbiamo risalire fino al XVII secolo per incontrare il ramo incendio. Ma intanto, con il sorgere di nuovi rami e con il crescente sviluppo degli stessi, il **principio di casualità** era votato alla morte. Lo troviamo ancora, come unico ed inderogabile principio vigente, in singole legislazioni del secolo scorso (6), e nelle condizioni d'assicurazione di quasi tutti i paesi, che a quell'epoca erano pressochè l'unica fonte di diritto nel campo assicurativo.

Verso la metà del secolo scorso riscontriamo, in materia d'assicurazione, uno sviluppo così intenso il quale potè permettere che la scienza assicurativa potesse compiere, in poco tempo, quel percorso che per secoli non aveva osato nè potuto incominciare. Questo sviluppo, che è dovuto a cause diverse che non vogliamo qui nè ricercare nè commentare, è in istretto rapporto di interdipendenza con la sostituzione al principio di casualità, di un altro principio, che più era adeguato ai nuovi bisogni della vita economica: così che noi possiamo, con lo stesso diritto, ammettere che questo sviluppo è dovuto, almeno in parte, all'obbligo che l'assicuratore si assumeva, nel contratto, o che era costretto ad assumere a tenor di legge, di risarcire il danno all'assicurato anche

(6) Cfr. per es. « Allgemeines preussisches Landrecht » § 2119, Teil II, Tit. 8 dove si cita, oltre all'assicurato, anche il di lui « Commissionair », la colpa del quale nella determinazione rendeva nulla la prestazione dell'assicuratore. Questa norma è il primo spunto al quale si ricollega tutta la letteratura germanica sulla teoria di una responsabilità dello stipulante per persone ausiliarie.

qualora il sinistro fosse stato cagionato da una certa gradazione di colpa di quest'ultimo (culpa levis ad es.) e che lo sviluppo dell'assicurazione potè permettere l'applicazione di nuovi principî, poichè, giova ricordarlo, tutta la base tecnica dell'assicurazione è costruita sulla legge matematica cosidetta dei grandi numeri.

Come giustamente osserva il Roelli (7), il principio di casualità non corrisponde alla moderna concezione dell'assicurazione: poichè l'assicurazione deve essere diretta a garantire la nostra esistenza economica. Ora, questa nostra esistenza economica è giornalmente minacciata, oltre che dal caso, anche da numerosissime altre circostanze alle quali, segnatamente con il tenore e il ritmo della vita odierna, neanche con la più grande attenzione sarebbe dato sfuggire. Se volessimo includere, nell'assicurazione, soltanto i rischi che il caso ci riserba, ci troveremmo in presenza di un istituto sorpassato, che non è più adatto ai tempi. Scopo dell'assicurazione è quello di garantire, di proteggere, di preservare questa nostra esistenza economica anche da quelle circostanze della vita, che in seguito a nostre mancanze (dalle quali nessun uomo va esente), potrebbero pregiudicarla. E vogliamo fare un passo più avanti: l'assicurazione deve essere il mezzo con il quale ci si possa creare una più ampia libertà di movimento, che, nella vita economica, mai come in quest'epoca di dinamismo è stata necessaria. Questa libertà di movimenti, che altrimenti potrebbe essere a scapito dell'esistenza economica, ci può essere data soltanto da un istituto che assuma i rischi a cui andiamo incontro: quest'istituto è appunto l'assicurazione. Non certo la vecchia assicurazione che a guisa di « deus ex machina » interveniva quando una tempesta sul mare danneggiava le merci in trasporto, oppure quando il fulmine incendiava la nostra casa, bensì un istituto che, in maniera ragionevole, possa venire incontro ai bisogni creatisi con l'evolvere dei tempi.

Coll'abbandono del principio di casualità, l'assicurazione poteva aspirare a divenir popolare. Infatti il singolo, posto di fronte alle imprese di assicurazione (che in generale, anche per bisogni tecnici, avevano

(7) Roelli, op. cit. pag. 192.

acquistata una potenza economico-finanziaria grandissima) era, di regola, la parte più debole del contratto: con il riconoscimento di questi suoi bisogni da parte dell'assicuratore, egli veniva ad essere posto, se non su un piede di uguaglianza, per lo meno in uno stato di meno marcata sproporzione.

Cionondimeno, alcuni rami di assicurazione sono rimasti fedeli al vecchio principio, e ciò per due ragioni diverse.

In primo luogo, perchè la natura stessa dell'assicurazione non ammette nessuna colpa da parte dell'assicurato: il danno non può venire cagionato che dal caso ed esclusivamente dal caso. Così ad es. nell'assicurazione contro i danni della grandine, nella quale un sinistro cagionato da colpa è impossibile (8).

Secondariamente, in alcuni rami per i quali vale il principio della **universalità dei rischi,** vale a dire nei quali una cosa è assicurata contro tutti i rischi possibili. Così ad es. l'assicurazione marittima in Francia, Italia e Germania, e l'assicurazione interna dei trasporti. Qui, al rischio che l'assicuratore si assume di risarcire tutti i danni — non importa quale sia stata la loro causa oggettiva — non possono ancora essere aggiunti altri rischi derivanti da colpa, anche minima, dell'assicurato.

Nel diritto svizzero, dove il legislatore non ha voluto, a differenza di legislazioni straniere, salvo in pochi casi eccezionali, redigere delle norme per i singoli rami d'assicurazione (9), e si è limitato ad emanare norme di

(8) A questo ramo d'assicurazione non possono essere quindi applicate le esposizioni del nostro lavoro, per le ragioni esposte nel testo. Così dicasi dell'assicurazione contro i danni economici (perdita d'esercizio per es.) cagionati dalla pioggia in particolare, e dell'assicurazione contro i danni economici del maltempo in generale, basati sullo stesso principio dell'assicurazione contro i danni della grandine.

(9) Vedasi ad es. la legge tedesca sul contratto d'assicurazione del 30 maggio 1908 nella quale troviamo disposizioni su ogni ramo principale, e il problema che ci interessa è risolto in modo diverso per ogni ramo, astraendo dalla norma generale del § 61.

Sul sistema della nostra legge, diversamente si esprimono Mossa (Saggio legislativo sul CA) e Capitant, op. cit.

Mossa a pag. 35: « Non si intende lo scopo di questa generalizzazione che contrasta con le leggi moderne, dalla tedesca alla francese, e non trova riscontro nemmeno nella legge svizzera, la quale dedica qualche norma apposita ai singoli rami d'assicurazione ».

Capitant a pag. 6: « Le projet suisse, au contraire, est plus bref.... C'est à mon avis la meilleure methode. Il n'est pas sans danger de déterminer légalement les effets des branches d'assurance qui ne sont pas encore développées ou qui n'ont pas acquis leur développement complet (Exposé du projet suisse 283) ».

Crediamo di poter condividere l'opinione di Capitant per il fatto che, nel diritto d'assicurazione, l'uso ha una gran parte.

portata generale (unico criterio adottato è quello in cui si suddivide l'assicurazione in assicurazione contro i danni e assicurazione delle persone) si doveva per forza arrivare alla controversia sorgente dal carattere dell'assicurazione trasporti per la quale vale, come abbiam visto, il principio della universalità dei rischi, in contrasto stridente con la norma generale, nel diritto sul contratto d'assicurazione, dell'art. 14 IV che sancisce imperativamente (LCA 98 I) l'obbligo alla prestazione dell'assicuratore nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato da colpa lieve.

Certamente non si poteva, nella pratica, accettare supinamente questo stato di cose che avrebbe logicamente portato ad una assunzione di rischi particolarmente grave da parte dell'assicuratore, assunzione che avrebbe avuto come conseguenza pratica una notevole maggiorazione dei premi. Stato di cose, dunque, che non sarebbe stato equo nè per una parte nè per l'altra e che avrebbe influito dannosamente sul commercio dell'assicurazione. Il legislatore svizzero non trovò di meglio, per risolvere la controversia e quindi allontanare una situazione indesiderata dalla vita economica, che d'introdurre una norma speciale, la quale nega il carattere imperativo alla norma 14 IV LCA, in tema d'assicurazione trasporti. LCA 98 II.

CAPITOLO I

PRINCIPI GENERALI.

§ 3. Il sinistro.

La nostra legge parla di sinistro senza tuttavia definirne il concetto. Nel nostro caso, fa d'uopo che di questo concetto noi abbiamo una visione esatta, perchè in nessun campo, come nel diritto d'assicurazione, è indispensabile osservare la regola generale, secondo la quale non si può lavorare, in tema di diritto, senza avere alle basi una solida conoscenza dei concetti principali. Il diritto d'assicurazione, per la sua tarda comparsa nel mondo culturale e per il suo rapido sviluppo, si trovò, a differenza di altri diritti esistenti da millenni e che possedevano concetti evoluti e giunti a piena maturità, a dover lavorare con nozioni vaghe, che erano rese ancor più incerte dalle controversie a pretto carattere terminologico. E' bensì vero, come osserva il Gottschalk (1), che la coazione di queste nozioni in un rigido sistema può nuocere alla evoluzione di un più libero diritto d'assicurazione: questa non è però ragione bastante per limitarci nel nostro lavoro di chiarificazione che deve andare a vantaggio della parte logica, nella quale dal concetto base si deducono le illazioni che possano avere un possibile valore pratico.

Vogliamo cercare, nelle esposizioni che seguono, di chiarire il concetto di sinistro, nozione non ancora ben definita a malgrado delle discussioni sorte nella letteratura in questi ultimi tempi.

(1) Gottschalk: Z. f. d. ges. Vers. Wiss. 1917 pag. 191.

1. **Il sinistro nell'ambito del contratto d'assicurazione.** Punto di partenza è qui il contratto d'assicurazione nella sua qualità di contratto bilaterale (2), di durata (3), e contratto che per la sua natura ha delle affinità con i contratti aleatori (4).

La prestazione dell'assicuratore nel contratto, è la assunzione del rischio che egli ha a suo carico per tutta la durata del contratto, ininterrottamente: questa ininterruzione fa appunto dello stesso un contratto di durata, vale a dire un rapporto giuridico vincolante le parti per un periodo continuo. Il punto di contatto con i contratti aleatori è quello dell'incertezza dell'avverarsi dell'evento: in questa direzione non è possibile pensare una differenza dal giuoco e dalla scommessa. Il contratto d'assicurazione si distingue però da questi contratti, oltre che per il noto carattere dell'interesse economico, anche per il fatto che l'assunzione del rischio avviene solo a titolo oneroso, contro pagamento dei premi da parte dell'assicurato, controprestazione che calcolata in base a nozioni matematiche di affidamento, fa dello stesso un negozio normale in contrapposto al negozio aleatorio, nel quale l'incertezza dell'evento è pure motivo per la conclusione, ma l'avverarsi dello stesso è criterio per l'aggiudicazione ad una parte di tutto il vantaggio: nell'assicurazione non abbiamo nessun carattere speculativo, ma solo un criterio tendente alla protezione dell'interesse del singolo come parte costitutiva dell'interesse generale.

Ma la controprestazione dell'assicuratore non è che una nozione astratta che deve però necessariamente concretizzarsi. Assunzione del rischio è un termine che indica un rapporto, uno stato in cui vengono a trovarsi le parti dopo la conclusione del contratto: questo stato può però pervenire ad una realizzazione mediante un fatto, la cui possibilità d'avverarsi è stata prevista dall'assicurato ed è solamente in vista di questo fatto che egli ha contratto assicurazione, intendendo così premunirsi contro le conseguenze lesive o contro il bisogno creato da questo evento.

(2) Haymann: Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Berlin 1934 — Grieshaber: Synallagma im Versicherungsvertrag, Mannheim 1914.

(3) Mossa: Compendio del diritto d'assicurazione, pag. 71.

(4) Ramella, op. cit. pag. 10 — Stupp, op. cit. pag. 3 definisce senz'altro il contratto d'assicurazione come un contratto aleatorio. Così pure Vivante, op. cit. pag. 26.

Ciò che interessa l'assicurato non è certamente l'astratta assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, bensì la concreta prestazione in denaro che questo è tenuto a fargli dopo che l'evento si è avverato.

Questo evento si suole chiamare sinistro: ed è quello che ha maggior importanza nel contratto d'assicurazione, perchè intorno ad esso sono imperniate tutte le azioni, tutti i diritti e gli obblighi e tutte le conseguenze di portata pratica delle due parti.

II. **Nozione di sinistro**. Il sinistro, evento di primaria importanza nel contratto d'assicurazione, come s'è visto al numero precedente, nocciolo attorno al quale gravita tutta l'importanza dell'assicurazione, è stato definito, nella letteratura, come **l'evento che giustifica e sul quale si fonda la prestazione dell'assicuratore** (5). In altre parole, il sinistro è l'evento che trasforma l'obbligo alla copertura dell'assicuratore in un obbligo al pagamento. La nostra legge, pur non definendo il sinistro, offre punti di riferimento dai quali è logico trarre la conseguenza che il legislatore intendeva il termine « sinistro » nel senso suesposto: infatti, nell'ordinamento della prescrizione della prestazione dell'assicuratore, all'art. 46 I si parla di un decorso della stessa dal momento in cui si è verificato il fatto su cui si fonda la prestazione. Fuori di dubbio è che il legislatore, ciò facendo, aveva inteso riferirsi al sinistro. La definizione da noi citata è stata aspramente criticata dalla letteratura (6) perchè se la stessa, nel caso normale, cioè nel caso in cui il sinistro sia la conseguenza temuta contro la quale il prenditore si assicura la copertura presso l'assicuratore, può essere ritenuta esatta, non sempre il sinistro si presenta, dal punto di vista prettamente fattivo, come l'evento pensato dai contraenti che abbia il potere di giustificare una prestazione dell'assicuratore. Almeno dalla nostra legge, la parola sinistro non è sempre usata in questo senso. Il caso tipico è quello della determinazione del sinistro.

(5) Roelli, op. cit. pag. 559, König, op. cit. pag. 88, e SJZ 26 pag. 161. Anche Framhein, pur non citando espressamente la definizione, l'accetta. Egli scrive, per es. op. cit. pag. 22: « Dass das die Leistungspflicht auslösende Ereignis eingetreten ist, steht fest.... » dove manifestamente si riferisce al sinistro. Dal punto di vista degli effetti, nel nostro caso, la definizione è giuridicamente accettabile: resta la questione della falsa terminologia. Vedi § 9, I del lavoro.

(6) Ziegler, op. cit. pag. 6 seg. — Stupp. op. cit. pag. 3 seg.

Qui, l'assicuratore, pur essendosi avverato l'evento che secondo le normali circostanze dovrebbe essere il fatto che lo obbliga alla prestazione, non è tenuto alla stessa. La definizione cui s'è accennato è dunque fuori di posto: invece di giustificare la prestazione, in questo caso il **sinistro legittima l'assicuratore alla non-prestazione.** Il sinistro produce effetti essenzialmente opposti a quelli previsti dalla corrente nozione dello stesso.

Sorge ora la questione di sapere se la legge abbia voluto, con il termine di sinistro, indicare sempre lo stesso concetto oppure se con lo stesso termine abbia inteso rappresentare nozioni diverse. E' fuori di dubbio che la LCA con il termine sinistro abbia voluto riferirsi sempre allo stesso fatto, vale a dire a quell'evento lesivo contro il quale il prenditore ha voluto premunirsi mediante l'assicurazione. Poco importa che questo evento abbia come conseguenza un danno che deve essere risarcito, oppure una prestazione fissa che deve essere pagata dall'assicuratore, come è il caso nell'assicurazione delle persone. Essenziale per la nostra legge (7) è che questo evento sia un fatto concreto, che potrebbe giustificare la prestazione dell'assicuratore qualora esistessero tutti i presupposti legali e contrattuali che condizionano questa prestazione. Chiaro è dunque che la LCA, quando parla di sinistro, intende anche il fatto concreto presso il quale non siano dati i presupposti legali e contrattuali: un concetto puramente fattivo e non di diritto.

La questione si riduce a una controversia prettamente terminologica, e non ci sembra giustificato che la letteratura abbia potuto discutere lungamente sulla stessa. Evidentemente, se si considera la natura del contratto d'assicurazione, appare senz'altro calzante la definizione che, da un punto di vista meramente giuridico, si è dato dello stesso. Se la legge, prescindendo dal valore che il sinistro ha e deve avere nell'ambito del contratto, chiama con questo termine il fatto concreto che esteriormente ha tutti i caratteri per giustificare la prestazione dell'assicuratore, questo fatto non può avere che un'importanza terminologica. Ma noi dobbiamo lavorare sulla legge, e quindi è senz'altro giustificata la ricerca di un concetto di sinistro che corrisponda esattamente allo spirito della stessa.

(7) Così dicasi del VVG germanico e della legge francese.

Per i contrasti evidenti che sono venuti a collocarsi in questo termine, grazie all'arbitrarietà dell'uso dello stesso, appare senz'altro impossibile poter dare, del sinistro, una definizione che possa valere per tutti i casi (8). Conseguenza tipica è che il sinistro giustifica e fonda la prestazione dell'assicuratore: questa prestazione non è però sempre fondata quand'anche il concreto fatto del sinistro siasi avverato. Si pensi al caso del sinistro cagionato intenzionalmente, LCA 14 I, oppure al caso in cui il prenditore abbia contravvenuto all'obbligo di dichiarare (reticenza) LCA 6. In questo caso è previsto che l'assicuratore non è vincolato al contratto: non è necessario che la circostanza sottaciuta sia stata causale per il sinistro, e non è nemmeno richiesta la colpa del prenditore. Si supponga ora che la reticenza venga a conoscenza dell'assicuratore (il quale entro quattro settimane dalla conoscenza della stessa deve recedere dal contratto) soltanto dopo che siasi avverato il sinistro: l'assicuratore non è tenuto alla prestazione. Questi due esempi, nei quali manca un presupposto legale (9), possono servire a dimostrare quanto la definizione in parola sia niente affatto calzante per il sinistro secondo la nostra legge.

Si potrebbe forse definire il sinistro come l'evento concreto che, adempiuti i presupposti legali e contrattuali, giustifica la prestazione dell'assicuratore (10): questa definizione però cesserebbe di essere tale, vale a dire un giro di parole che deve servire a generalizzare la nozione di sinistro, poichè in essa son contenute tutte le riserve della legge e del contratto che ci costringerebbero a lavorare in profondità per ricercare tutti questi presupposti che liberano l'assicuratore dalla prestazione. Si

---

(8) Ziegler, op. cit. pag. 32.

(9) Adoperiamo anche per la determinazione del sinistro (o meglio per la non-determinazione) il termine «presupposto legale»: vedremo più avanti che lo stesso non è esatto. Vedi § 7 I e II del lavoro.

(10) Kisch, Z. f. d. ges. Vers. Wiss. Vol. 35, pag. 183, definisce il sinistro come segue: « der Versicherungsfall ist gegeben wenn ein Ereignis eintritt, welches die durch den Vertrag (gegebenenfalls in Verbindung mit dem Gesetz) festgelegten Merkmale und besonderen Modalitäten erfüllt ». Egli richiede dunque, affinchè sia data la fattispecie del sinistro, che l'evento concreto sia realmente avvenuto e che questo evento corrisponda ai caratteri contrattuali e legali del sinistro. A ragione egli osserva: « Ein Ereignis kann niemals von selbst, d. h. vermöge seiner eigenen Merkmale, die Eigenschaft des Versicherungsfalles haben, sondern es gewinnt diesen Charakter erst durch den Versicherungsvertrag, der gewisse Rechtswirkungen an es knüpft ». Vedi anche n. III del §.

pensi solo alle numerose circostanze che, in certi rami, portano alla liberazione dell'assicuratore, circostanze contenute nelle condizioni d'assicurazione (assicurazione trasporti per es.). Abbiamo dunque la qualità del sinistro che fonda la prestazione dell'assicuratore, la quale può essere considerata come regola o meglio, come caso tipico, e la qualità del sinistro che può, in dati casi, essere considerata come eccezione, derogante alla tipicità dello stesso (11).

Si potrebbe anche, come propone lo Ziegler (12), cambiare il termine sinistro con un altro (in tedesco « befürchtetes Ereignis » con « Versicherungsfall », termine più « incolore », secondo la proposta Ziegler) nei casi in cui lo stesso non giustifica la prestazione dell'assicuratore: per la terminologia italiana potrebbe entrare in linea di conto il termine « danno » (13) oppure « infortunio » (che darebbe però luogo a malintesi per l'uso che del termine si fa nella assicurazione infortuni, come di sinistro). In questa guisa potrebbe venire data, al termine sinistro, la significazione che questo deve avere, secondo la corrente definizione. Questo è un problema che non ci può interessare: potrebbe tutt'al più interessare il legislatore. Noi dobbiamo prendere la legge qual'è, come fu già richiamato, e quindi anche il termine sinistro come è usato dalla legge, vale a dire nel senso di evento concreto, **che potrebbe, di per se stesso,** fondare la prestazione dell'assicuratore (14). In seguito la parola sinistro sarà sempre usata in questo senso.

III. **Il sinistro in qualità di fattispecie.** Abbiamo visto che la nostra legge in particolare e la scienza assicurativa in generale, parla di sinistro come di evento concreto, vale a dire un « fattivo procedimento di realtà

---

(11) e (12) Ziegler, op. cit. pag. 17 e pag. 38.

(13) Cfr. n. IV di questo §.

(14) In relazione a questa definizione usata dal Ritter nel « Seeversicherungsrecht » pag. 222 e che può essere forzata nello schema di « definitio duplex »: il sinistro è l'evento che può e non può fondare la prestazione dell'assicuratore, esprime dubbi anche lo Ziegler, op. cit. pag. 6 e seg., il quale osserva giustamente che, in fondo, questa def. non dice più nulla di positivo (ciò che per sua natura dovrebbe invece dire): in sostanza essa non ci dice **cosa** fa nascere la prestazione dell'assicuratore e **se** essa viene fondata. Una **definizione indefinita** dunque, dalla quale è confermata l'impossibilità di una def.

storica » (15). Tema delle nostre esposizioni sarà, in questa sede, il sinistro nella sua qualità di fattispecie.

Per appurare se tale fattispecie esista, occorrerà accertarsi avantutto se l'evento al quale vengono collegati effetti giuridici si sia veramente avverato: se l'incendio è veramente scoppiato, se la morte è realmente avvenuta, se la merce, durante il trasporto, ha veramente subìto delle avarie. Questo evento deve inoltre corrispondere ai caratteri fissati nel contratto e dalla legge, perchè un evento non può mai, grazie solamente ai proprî caratteri, avere la qualità di sinistro. Solo in quanto è previsto dal contratto d'assicurazione e nello stesso siano dettagliatamente circoscritti i suoi caratteri, la possibilità dell'avverarsi dello stesso diventa rischio d'assicurazione e la sua realizzazione sinistro. Si tratta dunque di assoggettare il fatto precedentemente appurato a una nozione più generale: incendio, rottura di vetri, perdita d'esercizio ecc. A quest'uopo una doppia attività si fa necessaria:

a) in primo luogo occorrerà accertarsi sulla natura del rischio assunto dall'assicuratore nel contratto d'assicurazione. Si tratterà di vedere di che genere sia il rischio assunto (in relazione ai diversi generi), e di vedere quale sia la natura specifica di questo rischio. In un caso di assicurazione contro la responsabilità civile, per es., si tratterà di appurare cosa sia responsabilità (in rapporto ad altre nozioni, infortunio per es.) e di quale specifica responsabilità si tratti. A questo fine serve l'interpretazione (o meglio, le varie interpretazioni) del contratto e della legge.

b) In secondo luogo bisognerà risolvere la questione, se il caso singolo può essere classificato sotto la nozione del rischio assunto. La soluzione è data dal confronto tra la nozione concreta del singolo caso, con la nozione astratta del rischio assunto e sarà tanto più facile, quanto più chiari sono i caratteri del singolo evento, da una parte, e quanto più circoscritti saranno i caratteri del concetto generale, dall'altra. Nell'assicurazione contro le esplosioni sarà facile **tanto** il definire cosa sia un'esplosione **quanto** il definire se il sinistro è dovuto ad esplosione, men-

(15) La locuzione è tolta a Kisch, Z. f. d. ges. Ver. Wiss. vol. 35, pag. 183: « tatsächlicher Vorgang von geschichtlicher Wirklichkeit ».

tre è difficile provare se in un evento, che nel suo corso esteriore non lascia dubbi, siano da riscontrare i caratteri essenziali di un infortunio (si pensi al caso di morte per annegamento per es.).

Da quanto detto risulta chiaro che tre possono essere gli errori possibili nel giudicare un sinistro: errore nel definire la nozione generale di sinistro, errore nell'apparare il sinistro in qualità di evento concreto nel singolo caso, ed errore nel classificare il caso concreto sotto il concetto generale del rischio assunto. Questi errori sono ancor più possibili, se si pensa che il sinistro come fattispecie è una nozione complessa, la quale risulta da una pluralità di caratteri che devono tutti essere presenti per formare il sinistro in questione, e che, generalmente, non sono dati nello stesso istante. Specialmente questa suddivisione in linea di tempo, può essere, nel nostro caso, della massima importanza.

Altra difficoltà che si avverte in molti rami di assicurazione (specialmente nella assicurazione responsabilità civile), è quella di non sapere a quale elemento, la legge o il contratto, diano maggior peso. Nell'assicurazione responsabilità civile si tratta di vedere se il sinistro sia dato dal fatto che l'assicurato è fatto responsabile da un terzo, oppure dalla « possibilità » di essere citato da un terzo oppure dalla circostanza che l'assicurato è realmente citato dal terzo, oppure dalla constatazione fatta dal giudice della responsabilità dell'assicurato, oppure dalla prestazione dell'assicurato al terzo. Su questa « vexata quaestio » avremo campo di ritornare.

E' inoltre necessario che un evento del genere previsto si realizzi sulla persona o sul patrimonio dell'assicurato, in una parola sull'oggetto dell'assicurazione. L'evento che, pur avendo tutti i caratteri del sinistro, si realizza fuori della sfera dell'assicurato, non è più sinistro. Nè basta che l'evento lesivo agisca su uno o più oggetti dell'assicurato: occorrerà, affinchè questo evento sia sinistro, che esso abbia colpito almeno uno degli oggetti che costituiscono l'interesse assicurato. L'evento avrà dunque i caratteri del sinistro, solo quando esso sia avvenuto in relazione al soggetto dell'assicurazione e in relazione all'interesse assicurato. Abbiamo già accennato più sopra, che non è necessario che l'evento si realizzi sull'intero oggetto dell'assicurazione: basterà che una parte di esso

sia stato colpita oppure che siano colpite una o più cose (o equivalenti) delle tante che, insieme, formano l'oggetto dell'assicurazione.

Occorrerà inoltre che il sinistro si avveri secondo le diverse **modalità** (16) che prevede il contratto, eventualmente in relazione alla legge. Queste modalità sono da differenziare dagli obblighi od oneri d'assicurazione: infatti esse, secondo la giusta definizione di Kisch, sono « circostanze condizionanti l'obbligo alla prestazione dell'assicuratore che non vanno certo a carico dello stipulante, ciò che invece riscontriamo presso gli obblighi, per i quali è previsto un contegno dello stipulante, alla violazione del quale sono ricollegate delle conseguenze giuridiche ». Possiamo distinguere tre categorie di modalità.

a) Le più importanti sono le **modalità di tempo.** L'evento deve accadere durante il corso dell'assicurazione, affinchè l'assicuratore possa essere tenuto alla prestazione. L'inizio del corso dell'assicurazione non deve necessariamente coincidere con quello della conclusione del contratto: si pensi solamente alla clausola di pagamento e alla conferma di copertura.

In particolare, la nostra legge richiede che il sinistro sia un evento posteriore alla conclusione del contratto, e che, a quest'epoca, il rischio non sia già scomparso. LCA 9. Questa disposizione, anche se non fosse contenuta nella legge, sarebbe senzá dubbio accolta nelle condizioni generali d'assicurazione, e ciò per ragioni facilmente intuibili. Non è però esatto, in tale frangente, parlare di questo evento come di un sinistro poichè, pur avendo tutte le caratteristiche esteriori che potrebbero fare di esso un sinistro, non lo è, appunto perchè non avvenuto nell'ambito del corso dell'assicurazione.

Anche l'evento avente tutti i caratteri del sinistro e avveratosi dopo la fine della durata del contratto d'assicurazione non è sinistro, e così pure dicasi dell'evento avvenuto durante uno dei frequenti, nel campo delle assicurazioni, lassi di tempo in cui l'assicurazione « riposa ». Difficoltà possono presentare i casi nei quali il sinistro si manifesta solo dopo la scadenza del contratto o durante un periodo in cui l'assicurazione ri-

(16) Il termine « modalità » è tolto al Kisch, Z. f. d. ges. Vers. Wiss., vol. 35, pag. 188.

posta, mentre non sarebbe da escludersi che lo stesso si sia avverato durante il periodo in cui l'assicurazione corre. Queste difficoltà presentatesi nella pratica, sono certamente da risolvere secondo le circostanze del singolo caso: di giovamento è però il poter stabilire, anche teoricamente, il momento in cui il sinistro si è avverato, e di ciò sarà parola al n° seguente.

b) **Modalità di spazio,** circostanze pure previste nel contratto, e che stanno in rapporto con la località in cui si trovano le cose oggetto dell'assicurazione. Così, sinistro può considerarsi soltanto l'incendio che danneggia i mobili che si trovano in una data casa oppure in un dato locale, oppure, per citare un altro es., sinistro sarà solamente, nell'assicurazione trasporti, l'evento verificantesi su una data rotta (assicurazione marittima, lacuale o fluviale) oppure su una data linea (assicurazione interna trasporti).

c) **Altre modalità.** In questa categoria vanno comprese tutte le altre relazioni necessarie affinchè l'evento sia sinistro, che non sono di spazio oppure di tempo. Queste possono essere della più differente natura, e possono riferirsi ad eventi di natura esteriore come per es. nell'assicurazione contro la grandine, solo per i danni causati dalla stessa prima del raccolto, oppure ad un contegno dell'assicurato nei confronti della cosa assicurata, come nell'assicurazione furto con scasso, la quale ha effetto solo per certi oggetti che vengono custoditi in un dato modo.

IV. **Il sinistro e il corso del rischio** (momento in cui si avvera il sinistro). Assai più importante di una definizione teorica di sinistro è, ai fini della pratica e del nostro lavoro, la ricerca dell'istante preciso in cui il sinistro nella sua qualità di fatto concreto, di evento fattivo, si avvera. Questa questione oltremodo importante ha portato, nella letteratura, dove è stata poco e imprecisamente trattata, a gravi malintesi. Si è arrivati ad affermare (17) che l'obbligo alla prevenzione dei danni non costituisce che un ampliamento del concetto di determinazione del si-

(17) Questa confusione di concetti, sostenuta da Gerhard Hagen e da von Gierke, è a giusta ragione combattuta da Framhein, op. cit. pag. 21 nota 2.

nistro. A por fine a questi malintesi è d'uopo che si stabilisca con precisione l'epoca in cui il sinistro si avvera (18): a questa ricerca ci dedicheremo sub IV.

Qui occorre riferirci al contenuto del contratto d'assicurazione. Prestazione dell'assicuratore è, durante l'intera durata del contratto, come fu già rilevato, l'assunzione del rischio, prestazione questa durevole e che esiste indipendentemente dall'avverarsi o no del cosidetto « evento temuto », il quale fa, della prestazione puramente astratta dell'assicuratore, una prestazione concreta, vale a dire il pagamento del danno, oppure della somma pattuita nel contratto a seconda che l'assicurazione sia un'assicurazione di danni oppure un'assicurazione a somma fissa. Infatti, questa suddivisione delle assicurazioni, non può spiegarsi altrimenti che in rapporto alla prestazione concreta dell'assicuratore, prestazione che è diversamente calcolata a seconda del fine a cui è rivolta l'assicurazione e dell'oggetto della stessa. Da una parte, abbiamo infatti come fine dell'assicurazione il risarcimento di un danno per la sua natura stessa commensurabile, e, dall'altra parte, la copertura di un bisogno che, per la natura dell'oggetto, è incommensurabile.

Per poter stabilire con esattezza il momento dell'avverarsi del sinistro, occorre considerarlo come apparizione rilevante nell'ambito di questa assunzione di rischio, e delimitarlo da altre apparizioni che affiorano nel corso del rischio. Infatti il rischio è per sua natura variabile, poichè se tale non fosse, non verrebbe ad essere provato un bisogno d'assicurazione. Queste variazioni, susseguentesi più o meno regolarmente, si sogliono chiamare, nella letteratura, **corso del rischio.** Apparizioni dello stesso che ci interessano sono, oltre il sinistro, anche il cosidetto **evento del rischio** e il **danno.** Vedremo come è delimitato il sinistro nei rapporti dell'uno e dell'altro.

(18) La determinazione di questo preciso istante è d'importanza, come afferma König, SJZ vol. 26 pag. 161, oltre che per il caso che ci interessa della determinazione del sinistro, anche per altri casi, come inizio e decorso del termine di prescrizione, LCA 46 I, in cui, come fu già rilevato, ci si riferisce, per l'inizio della prescrizione, al sinistro come apparizione concreta nel contratto d'assicurazione, oppure il caso della durata della protezione concessa dall'assicurazione. Importanza principale di questa questione, da un punto di vista pratico, resta però la delimitazione del concetto di determinazione del sinistro, da quelli di violazione dell'obbligo di prevenzione, da una parte, e dall'obbligo di salvataggio, dall'altra.

a) **Sinistro ed evento del rischio.** Nella letteratura la questione è controversa. Una parte di autori, per lo più tedeschi (19), fa coincidere l'evento del rischio con il sinistro, altri, invece, vedono nell'evento del rischio una figura che va nettamente separata da quella del sinistro (20).

Anche qui la questione si risolve da un punto di vista terminologico. Una volta di più si fa sentire il bisogno di chiarire concetti vaghi, usati nella pratica e nella letteratura solo intuitivamente, per la necessità ulteriore di valersi di nozioni esatte, le quali, pur essendo nocevoli alla mobilità e alla adattabilità, alla vitalità insomma, di una materia che ancora non ha avuto uno sviluppo definitivo, sono di grande importanza per arrivare a risultati concreti e eliminare una volta tanto controversie che non hanno ragione d'esistere.

Si tratta qui di definire cosa sia evento del rischio. Dal come questo verrà definito, dovrà decidersi se il sinistro sia un'apparizione che debba essere considerata cosa sola con l'evento del rischio, oppure se le due figure debbano essere considerate ognuna per sè stante.

Si suole, nella letteratura, designare l'evento del rischio come la realizzazione o concretizzazione dello stesso, che fin qui aveva agito in maniera puramente astratta. In altri termini, è il rischio, che fin qui doveva essere considerato come possibilità, che diventa certezza. König (21) definisce l'evento del rischio come l'evento determinante un danneggiamento oppure una distruzione dell'oggetto d'assicurazione. La definizione, ove si ponga mente a quanto detto in calce e a quanto diremo sui rapporti tra sinistro e danno d'assicurazione, è da considerarsi buona, se completiamo il concetto assoluto di danneggiamento o distruzione con

(19) Framhein, op. cit. pag. 23, Stupp, op. cit. pag. 7 e Roelli, op. cit. pag. 463. Roelli non parla però di evento del rischio (Gefahrereignis) ma di evento danneggiante (schädigendes Ereignis).

(20) König, SJZ vol. 26, pag. 161 seg.

(21) König, come sopra. Egli considera il sinistro come composto di due elementi essenziali: in primo luogo una distruzione o un danneggiamento dell'oggetto, e secondariamente, il fatto che produce questo danneggiamento (evento del rischio). Come avremo campo di vedere anche più avanti, per quel che riguarda il primo elemento, le considerazioni di König sono imprecise, poichè il concetto di danneggiamento o distruzione si identifica con quello di danno d'assicurazione. Ciò prescindendo anche dal fatto che, per es., nell'assicurazione in caso di sopravvivenza, il raggiungimento di una data età, non può essere facilmente assoggettato ad uno schema di danneggiamento.

l'aggiunta: « oppure l'inizio di un processo di danneggiamento o distruzione ».

Da quanto detto risulta chiaro che l'evento del rischio non deve necessariamente coincidere con il sinistro, poichè questo evento, che è destinato a produrre un danneggiamento o una distruzione o l'inizio di un processo di danneggiamento o di distruzione, può anche non avere le conseguenze suesposte. Infatti, affinchè le stesse si avverino, occorre un nesso causale tra l'evento del rischio e l'oggetto dell'assicurazione: l'evento del rischio deve venire a contatto dello stesso, e su di esso esercitare il suo influsso. E' bensì vero che in molti casi, i due elementi sinistro ed evento del rischio si avverano contemporaneamente: ciò non deve però necessariamente essere. A chiarire viemmeglio il nostro pensiero portiamo un esempio. Nell'assicurazione contro l'incendio nella quale sia prevista anche la protezione contro le conseguenze del fulmine, è chiaro che uno dei fatti destinati a portare un danneggiamento alla cosa, è il fulmine. Nel momento in cui nell'atmosfera si produce la scintilla che si scaricherà sull'oggetto assicurato (casa per es.), noi abbiamo l'evento del rischio. Questo evento del rischio produce il sinistro nel momento in cui si scarica, viene a contatto della casa, cagionando un danneggiamento o l'inizio di un processo di danneggiamento della stessa. Questo evento non deve necessariamente produrre il sinistro: infatti se la casa è munita di parafulmine in grado di parare efficacemente le conseguenze del medesimo, non avremo nessun indizio di danneggiamento e quindi nessun sinistro. In una assicurazione comprendente anche i rischi delle esplosioni, abbiamo nella esplosione stessa un esempio in cui evento del rischio e sinistro si avverano nel medesimo momento: e ciò costituisce anche la regola.

Dal come l'evento del rischio agisce sull'oggetto dell'assicurazione, abbiamo i cosidetti danni diretti (influsso immediato) e danni indiretti (influsso mediato). Nei danni indiretti abbiamo il caso tipico della differenza tra evento del rischio e sinistro. Qui il sinistro è costituito da un danneggiamento del patrimonio del prenditore, sia per un danno emergente sia per un lucro cessante. L'evento del rischio per contro, pur avvenendo contemporaneamente al sinistro, si esplica o può esplicarsi su un oggetto non appartenente al prenditore.

Prendiamo ad es. l'assicurazione responsabilità civile, tipico esempio di ramo producente danni indiretti. Il sinistro va senza dubbio intravvisto nel fatto che il patrimonio del prenditore viene ad essere gravato (22) di un obbligo al risarcimento, e non nel fatto che ha giustificato la responsabilità del prenditore, che deve essere considerato come evento del rischio e che può anche (e ciò avviene nella maggior parte dei casi) agire fuori dalla sfera del patrimonio dell'assicurato.

Ciò è quanto dovevasi dire in relazione alla delimitazione tra evento del rischio e sinistro. Ci rimane ora da delimitare

b) **il sinistro dal danno.** Abbiamo visto sub a) che il sinistro è dato dal momento in cui l'evento del rischio, agendo sull'oggetto dell'assicurazione, determina un danneggiamento o l'inizio di un processo di danneggiamento. Infatti, non necessariamente l'opera dell'evento del rischio si esplica in un solo istante, così da avere, contemporaneamente al sinistro, anche il danno d'assicurazione. Ciò può bensì avvenire, per es. nel caso di morte (se qui fosse lecito parlare di danno) nell'assicurazione vita, dove con il sinistro si esaurisce anche il processo che determina il danno. Non così nella maggior parte delle assicurazioni dove, con il sinistro, il processo di danneggiamento o di distruzione è appena iniziato e può protrarsi per ore, per giorni e magari per settimane: si pensi solo ai casi di grandi incendi. Danno si ha, dunque, quando sia da escludersi un'ulteriore estensione del danneggiamento della cosa d'assicurazione.

Riassumendo quindi, possiamo dire che nel corso del rischio possiamo distinguere tre apparizioni, tra di loro strettamente concatenate, ma non necessariamente identificantesi: l'evento del rischio, il sinistro ed il danno d'assicurazione. Solo con questa distinzione noi possiamo comprendere i differenti obblighi che, dalla legge o dal contratto, vengono imposti allo stipulante o all'avente diritto e che con la realizzazione del rischio sono in istretto rapporto, alla violazione dei quali possono,

---

(22) Il momento in cui il patrimonio del prenditore viene gravato (sinistro dell'assicurazione contro la responsabilità civile) è nella letteratura assai discusso e i punti di vista sono assai differenti. Secondo noi questo istante va individualizzato con quello in cui esista un atto illecito secondo le norme 41 e seg. CO, e non nel momento in cui il terzo danneggiato fa valere la sua pretesa, oppure l'assicurato adempie l'obbligazione.

dalla legge o dal contratto, essere allacciate conseguenze sulla prestazione dell'assicuratore.

Così, all'assicurato potrà essere imposto, prima del sinistro, un obbligo alla prevenzione dello stesso (23), questo obbligo si fa attuale quando siasi avverato l'evento del rischio e cessa con il sinistro, all'impedimento del quale era rivolto. Nell'assicurazione contro i danni, coll'avverarsi del sinistro, è imposto « ex lege » all'assicurato un obbligo di salvataggio, rivolto alla diminuzione della proporzione del danno, iniziatosi con il sinistro. LCA 61 I. Questo obbligo cessa quando il processo di danneggiamento si sia arrestato, e quindi quando quest'obbligo non abbia più uno scopo. Sempre nell'assicurazione contro i danni abbiamo, con la definitiva cessazione del processo di danneggiamento, un obbligo di invariabilità del danno, o, come la legge dice, un divieto di cambiamento in vista dell'accertamento delle cause del sinistro e del danno stesso. LCA 68 I. Può anche darsi che l'obbligo di salvataggio sia incompatibile con l'obbligo di invariabilità del danno, specialmente quando questi due obblighi dovrebbero essere adempiuti simultaneamente dopo il definitivo sviluppo del processo di danneggiamento, perchè lo stesso è stato così rapido o di tale natura, da rendere impossibile il salvataggio: così ad es. nell'assicurazione contro la grandine (24).

(23) L'obbligo alla prevenzione del sinistro non è, dalla nostra legge, sancito espressamente. La possibilità di accogliere una tale clausola nel contratto, è però riservata dalla LCA art. 29 I. Questa soluzione, qualora il contratto non abbia pensato a chiarire la situazione, potrebbe condurre a casi in cui all'assicuratore, pur essendo dalla parte della ragione, non stanno dei mezzi giuridici a disposizione. La via seguita dal legislatore, non può però essere criticata, anche in considerazione del fatto che l'assicurazione mira a creare una maggiore libertà di movimenti dell'assicurato e che una norma imperativa di tale natura, avrebbe per conseguenza di legare forse eccessivamente l'assicurato agli interessi dell'assicuratore. Quando quelli abbia agito in malafede, resteranno pur sempre aperte, alla compagnia, altre vie: art. 2 CCS per es. oppure vedi § 4 I del lavoro.

(24) Questa breve esposizione degli obblighi dell'assicurato e dei rapporti tra di loro, ci sembrava necessaria, data la grande confusione che regna, in proposito, nella letteratura in genere, anche da parte di scrittori autorevoli. Cfr. per es. Mossa, Compendio, pag. 78. — Kisch, Z. f. d. ges Vers. Wiss. vol 35, pag. 187, nota (1), il quale prevede un obbligo di salvataggio anche prima del sinistro: ciò è assolutamente incompatibile con la nostra legge, LCA 61 I in principio (« in caso di sinistro ») e con il significato stesso della parola salvataggio.

§ 4. Il concetto di determinazione.

Dopo aver esaminato i problemi concernenti il sinistro, figura cardinale nel contratto d'assicurazione, al quale si ricollega una moltitudine di problemi di diritto assicurativo, non ultimo quello della determinazione, dobbiamo discutere, entrando così nel campo vero e proprio del nostro lavoro, il concetto della determinazione e i problemi che ad esso si allacciano.

Fuori discussione è la possibilità di determinazione per fatto dell'assicurato (stipulante o avente diritto) per la interpretazione stessa della parola « determinazione ». Su questo punto la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi (25). Ciò non sarà più oltre oggetto della nostra trattazione: è soltanto da accennare al fatto che l'assicurato ha determinato il sinistro anche quando abbia agito insieme con altre persone, oppure indipendentemente, senza conoscenza della loro azione (26). Molto più importate è, ai fini del lavoro, la questione di sapere se si possa parlare di determinazione (concetto positivo), anche nel caso in cui il sinistro si sia avverato in seguito ad una omissione dell'assicurato, il quale, con un'azione positiva, sarebbe stato in grado di impedirlo. Altra questione importante è pure quella dei rapporti tra la determinazione e il concetto di aggravamento del rischio: di ciò sarà parola in questo § (n° II).

I. **Determinazione e omissione.** Se alla determinazione per fatto o azione dell'assicurato sia da equiparare anche un'eventuale determinazione per omissione dell'assicurato, è stato, nella dottrina, lungamente controverso. Tra gli autori più in vista citiamo Roelli (27), il quale espressamente non ammette tale possibilità. Più recentemente questa possibilità è ammessa da molti autori (28).

(25) Roelli, op. cit. pag. 219, Stupp op. cit. pag. 15, Framhein op. cit. pag. 41, ritiene pure fuori dubbio ciò che abbiamo affermato, non discutendo nemmeno il problema: « ..... die Frage hat eine besondere Rolle gespielt, ob die Anspruchsverwirkung ..... **auch** durch eine Unterlassung erfolgen kann ».

(26) Stupp, op. cit. pag. 15.

(27) Roelli, op. cit. pag. 219. Cfr. anche Ramella, op. cit. pag. 195.

(28) Framhein, op. cit. pag. 42. — Stupp, op. cit. pag. 15 e seg. Ehrenberg, op. cit. pag. 420, ecc.

Abbiamo già visto al § precedente che la nostra legge non sancisce espressamente ed imperativamente, per diverse ragioni, un obbligo alla prevenzione del sinistro da parte dell'assicurato, ma la facoltà di accogliere una tale clausola nel contratto viene rimessa all'arbitrio e all'iniziativa delle parti. LCA 29 I. Il problema va discusso in istretto rapporto con la presenza o meno di clausole nel contratto, che prevedevano un obbligo dell'assicurato alla prevenzione. Esso si riduce ai seguenti termini: esiste un obbligo contrattuale di prevenzione, e l'assicurato ha in malafede violato lo stesso, l'assicuratore avrà diritto alla liberazione dalla prestazione o si verificheranno quelle altre conseguenze previste dal contratto; non esiste tale obbligo per contratto, ed allora l'assicuratore, pur trovandosi dalla parte della ragione e l'assicurato dalla parte della malafede, non avrà nessun mezzo giuridico, almeno nel campo del diritto d'assicurazione, e dovrà cercare di far valere la mala fede altrui e la conseguente sua pretesa con l'« exceptio doli ». Questa soluzione non ci sembra soddisfacente: vogliamo, con un esempio alla mano, dimostrare la nostra opinione.

Supponiamo ad es. un'assicurazione mobiliare contro l'incendio, nella quale non sia stato previsto nessun obbligo di prevenzione. Un incendio scoppia nella casa del vicino dell'assicurato, minacciando seriamente anche la casa di quest'ultimo. Costui assiste impassibile allo sviluppo dell'incendio, il quale si propaga alla sua casa danneggiando rilevantemente il mobilio. Da quanto detto nel § precedente e in rapporto all'articolo 61 LCA, noi non possiamo addurre, a colpa dell'assicurato, una violazione dell'obbligo di salvataggio, perchè il sinistro, al momento in cui questi avrebbe dovuto agire, non si era ancora avverato. Un obbligo alla prevenzione non può considerarsi violato, perchè nemmeno contenuto nel contratto a' sensi dell'art. 29 I LCA. Da un punto di vista del diritto sul contratto d'assicurazione, all'assicuratore, che noi sentiamo (29) essere assolutamente dalla parte della ragione quando rifiuta la prestazione, non resta nessun mezzo giuridico. Noi dobbiamo invo-

(29) A proposito di questa parola da noi scientemente usata, giova ricordare che il sentimento ha una gran parte nella giurisprudenza, nell'applicazione pratica delle teorie della dottrina. Qui vale la sentenza: « È il sentimento che fa il giudizio e la ragione che lo giustifica ». La parola « sentiamo », quindi, non deve parere troppo forte se adoperata in un lavoro scientifico.

care, qui, l'eccezione della malafede dell'art. 2 CCS, oppure una lacuna della legge, da rimettersi al prudente criterio del giudice. Evidentemente, nel fatto che l'assicurato ha assistito senza agire al propagarsi dell'incendio, pensando che se invece del vecchio mobilio avesse potuto avere un buon indennizzo dalla compagnia per comperare dei mobili nuovi, è da intravvedere un abuso dell'assicurazione, che è, in questo caso, intesa dall'assicurato come mezzo per il raggiungimento di uno scopo illecito.

Sorge ora la questione di sapere se in questo caso e in casi analoghi, non si possa operare con il concetto di determinazione del sinistro. In altri termini, se non si possa intendere il concetto di determinazione nel senso di causalità (30), e se la dottrina della causalità adeguata, che trova generale applicazione nel campo del diritto civile, non debba essere adoperata anche nel campo del diritto d'assicurazione, e, più specificatamente, nel nostro caso. La causalità infatti, non comprende soltanto una azione positiva, bensì anche un contegno negativo, un'omissione. Si tratta ora di porre la questione (che nel caso normale è rivolta ad appurare se un'azione dello stipulante o dell'avente diritto abbia determinato l'avverarsi del sinistro) sotto un'altra luce, vale a dire se, al contrario, un'azione positiva dell'assicurato avesse potuto impedire il sinistro, oppure se un suo contegno passivo abbia avuto come logica conseguenza l'avverarsi del sinistro. Ciò che ci sembra di poter ammettere senz'altro. La rilevanza (31) di un contegno negativo è dunque, per la determinazione del sinistro, da equiparare al fatto che l'assicurato ha determinato con azione propria il sinistro.

A questo risultato possiamo però giungere con altre considerazioni. Se consideriamo la natura dell'art. 14 LCA, non possiamo avere nessun dubbio che l'idea principale a cui lo stesso si riferisce, è la colpa dell'assicurato: non a torto nella letteratura, le norme dell'articolo in parola sono chiamate « norme di colpevolezza » (32). Il legislatore non ha voluto

(30) Vedi anche § 6 II.

(31) Assai più esatto è, in questo caso, parlare di rilevanza e non di causalità della omissione.

(32) In tedesco « Verschuldensnormen ». Cfr. ad es. Roelli, op. cit. pag. 193.

espressamente definire come presupposto per la responsabilità dell'assicurato una sua azione positiva, bensì un suo contegno colposo. La colpa (33) è da considerarsi come elemento predominante ed indispensabile nella questione della determinazione del sinistro: certamente occorre che esista, tra la stessa e l'avverarsi del sinistro, un nesso causale. Ora, ad un contegno colposo, è da ascrivere non solamente un'azione, bensì anche un contegno passivo dell'assicurato. Da ciò dovrebbe dedursi che, in prima linea, è da considerarsi la colpa come causa del sinistro, e non solamente il concetto più ristretto di azione positiva, perchè ciò, nei casi in cui non si possa provare l'azione e la colpa esiste tuttavia, avrebbe come conseguenza di far comprendere nell'assunzione del rischio dell'assicuratore, fattispecie che verrebbero ad acuire la sua responsabilità contrattuale. Quindi non è comprensibile che autori come Roelli, che vide nascere la legge svizzera e al sorgere della quale collaborò, possano affermare così categoricamente l'esclusione del contegno negativo dal concetto di determinazione.

II. **Determinazione del sinistro e aggravamento del rischio.** Nella pratica è frequente il caso in cui, avveratosi un sinistro, sia difficile stabilire se esso sia dovuto a colpa dell'assicurato, oppure se sia la conseguenza di un aggravamento del rischio. I due concetti infatti hanno molti punti di contatto, per cui sarà bene cercare di delimitarli, sia dal punto di vista della natura degli stessi, sia da quello degli effetti. Ciò ha grande importanza non solo da un punto di vista puramente teorico, ma anche da un punto di vista essenzialmente pratico. Infatti la nostra legge, pur con le debite eccezioni, tanto in un caso come nell'altro, tende a proteggere l'assicuratore: questa protezione è però di misura diversa, a seconda che si possa invocare la determinazione del sinistro oppure l'aggravamento del rischio. Si pensi solo alla norma imperativa dell'art. 14 IV LCA, secondo la quale l'assicuratore è tenuto all'intera prestazione qualora il sinistro sia stato cagionato da colpa lieve: se l'assicuratore potesse provare che il sinistro è stato preceduto da un aggravamento del rischio, egli

(33) Vedi § 5 del lavoro.

potrà dichiararsi svincolato dal contratto a' sensi dell'art. 28 I LCA: egli, invece di rispondere in pieno, non è quindi tenuto alla prestazione.

Questa tendenza della nostra legge a proteggere l'assicuratore ha le sue buone ragioni: infatti, tanto il sinistro proveniente da un aggravamento del rischio quanto quello colposamente determinato, ha origine da un mutamento essenziale dei fatti che stanno alla base del contratto e dai quali si deduce il rischio che l'assicuratore si è assunto. Un mutamento di questi fatti significa, per l'assicuratore, nel nostro caso, un peggioramento della situazione, onde non possiamo in buona fede supporre ch'egli possa continuare ad essere parte di un contratto che è per lui troppo gravoso. Altra ragione è quella che questa situazione del rischio è dedotta dal questionario che il proponente ha da riempire e contenente domande alle quali egli a proprio arbitrio risponde. L'assicuratore è qui più o meno alla mercè del prenditore, alle denuncie del quale è subordinata l'estensione del rischio formante parte integrale del contratto d'assicurazione.

In entrambi i casi di sinistro occorre poi che esista un nesso causale: nel caso di determinazione tra la colpa del prenditore e dell'avente diritto e il sinistro, e, nel caso di aggravamento del rischio, tra lo stesso e il sinistro.

Esaminati i caratteri comuni o presentanti analogia, vogliamo ora dedicare qualche parola agli elementi discriminanti dei due concetti.

Per quanto riguarda la natura delle due nozioni, è certamente la colpa l'elemento principale che fa stato nella differenziazione: « conditio sine qua non » perchè la determinazione del sinistro abbia gli effetti previsti dalla legge per quanto riguarda la prestazione dell'assicuratore, è che esso sia avvenuto col concorso della colpa cui la legge accenna. Per quanto riguarda il sinistro avveratosi in seguito ad aggravamento del rischio, sia esso avvenuto ad opera (LCA 28) o senza concorso dello stipulante (LCA 30) (34), non è affatto necessario che nello stesso la colpa di

(34) Occorre richiamare che la nostra legge prevede due generi di aggravamento del rischio: ad opera e senza concorso dello stipulante. In ambo i casi l'ordinamento legale tende alla svincolazione dell'assicuratore: colla differenza che nel primo caso, salvo patto contrario, la stessa avviene « eo ipso », e nel secondo solo quando lo stipulante abbia omesso la dichiarazione dell'aggravamento avvenuto. Qualora questi non sia contravvenuto all'obbligo dell'art. 30 I LCA, due sono le possibilità: la modificazione del contratto che sarà fondato su nuove basi tecniche, considerata la nuova natura od estensione del rischio che l'assicuratore deve assumere, oppure

costui abbia avuto una parte qualsiasi: anche senza colpa alcuna dello stipulante, gli effetti di legge subentrano tosto che l'aggravamento del rischio esista nella sua forma reale e tangibile. Possiamo anche dire che per l'aggravamento del rischio, elemento principale è un elemento oggettivo: lo stato di cose mutato; mentre che per la determinazione occorre un elemento essenzialmente soggettivo: la colpa.

Se consideriamo ora le due nozioni in rapporto al corso del rischio, dobbiamo notare differenze di fatto che fanno delle stesse due concetti ben distinti. Queste differenze non sono sempre, nella pratica, facilmente individuabili, per il fatto che il sinistro costituisce sempre la realizzazione del rischio, ond'è necessario un passaggio dallo stato astratto di rischio assunto a quello concreto di rischio realizzato, vale a dire di sinistro. Questo passaggio, sia esso graduale o subitaneo, costituisce, fino al momento in cui il rischio astratto non cessa per divenire realtà, un aumento di rischio: onde potrebbe credersi, come fanno molti autori (35), che le due nozioni si identifichino o s'integrino a vicenda.

In realtà il nostro legislatore ha pensato due concetti distinti poichè altrimenti le norme che, come vedremo, non sono perfettamente combacianti tra di loro e presentano, per quel che riguarda le conseguenze giuridiche, delle diversità, non avrebbero più scopo di esistere in duplo. In particolare, come abbiamo già osservato in precedenza, la norma dell'art. 14 IV LCA verrebbe ad essere automaticamente eliminata.

La determinazione del sinistro comporta un aumento di rischio dallo stato normale fino al sinistro in modo continuo, senza interruzione, causato dal contegno colposo dell'assicurato: il sinistro è quindi conseguenza immediata di questo contegno. Nessuna rilevanza agli effetti della distinzione ha la durata del tempo tra l'azione — o, come abbiamo ammesso al

il recesso dal contratto da parte dell'assicuratore. Unica mitigazione per l'assicurato, è che l'assicuratore è tenuto alla prestazione integrale qualora il sinistro si sia avverato entro due settimane dopo la notificazione del recesso.

A complemento di quanto detto al § 3 sul sinistro, si deve notare che un aggravamento è solo possibile per i rischi coperti dal contratto. Per questo aggravamento faranno stato com'è naturale, solo i fatti **mutabili** indicati dalle domande contenute nel questionario che lo stipulante deve riempire con la proposta d'assicurazione.

(35) Nella letteratura germanica, Gerhard-Hagen, Kommentar, pag. 284 nota (1) e Sommer «Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden» pag. 23. Nella letteratura italiana, Mossa, Compendio, pag. 58.

n. I, l'omissione — e il risultato voluto. Essenziale è che durante questo periodo, l'aumento del rischio sia stato continuo, oppure che le eventuali interruzioni non abbiano avuto che un carattere di gradualità, e non di stabilità. Nell'esempio citato da Kalbermatten (36) del proprietario di casa assicurato contro la responsabilità civile il quale malgrado le ripetute istanze dei suoi inquilini, non si cura di far riparare il tetto deteriorato, che con l'andar del tempo cagionerà danni agli stessi, saremo in presenza di un sinistro cagionato da colpa: prima che il tetto deteriorato permetta che gli inquilini siano danneggiati (dalla pioggia per es.) passerà del tempo: ma l'aumento del rischio sarà avvenuto in modo continuo fino all'avverarsi del sinistro, onde logico è l'ammettere la determinazione.

L'aggravamento del rischio, per contro, non ha il sinistro come conseguenza immediata. Abbiamo anche qui, in un primo tempo, un aumento del rischio, il quale, a un dato momento, quando ha raggiunto una certa maggiore intensità (37), si stabilizza, dando luogo ad una nuova situazione del rischio, che è il principio per un nuovo corso del rischio, il quale, portatosi ad una gradazione più elevata, si è stabilizzato (38): la base su cui si fonda questo corso non sarà più, ad es., di una metà delle probabilità, sarà ad es. dei due terzi, ma esso non muta, segue l'andamento regolare delle cose. In altre parole, l'aggravamento del rischio non è che il passaggio da una situazione di rischio (quella su cui si fonda il contratto) ad un'altra, più elevata e della stessa stabilità della prima (39).

A complemento di quanto detto sulla differenza tra le nozioni di determinazione del sinistro e di aggravamento del rischio, che è puramente interna, astratta e giuridica, e non già esteriore e tangibile, è ancora da trattare la questione della determinazione che abbia sofferto una breve

(36) Kalbermatten, op. cit. pag. 46.

(37) Se ci è permesso parlare di intensità del rischio, ciò avviene in relazione e per analogia al calcolo delle probabilità (base delle scienze attuariali e della matematica assicurativa) nel quale la stessa è calcolata nell'intervallo tra zero (impossibilità) e uno (certezza). Man mano che si avvicina all'intero, la probabilità s'avvicina alla certezza e aumenta d'intensità.

(38) Per « corso naturale del rischio » è da intendersi la circostanza che, per l'avverarsi del sinistro, fa stato solamente la probabilità dell'avverarsi del sinistro contenuta nel contratto.

(39) La differenza fattiva e giuridica tra le due nozioni è schizzata nello stesso senso anche da Framhein, il quale, op. cit. pag. 31, così si esprime: « Die Herbeiführung des Versicherungsfalles ist tatsächlich eine Gefahrerhöhung, rechtlich nicht ». Egli parla, nel caso di determinazione, di « akute Gefahrsteigerung » che conduce direttamente al sinistro, in contrapposto a « Gefahrerhöhung » che conduce ad un nuovo « Gefahrzustand ».

interruzione nella quale l'aumento del rischio sia rimasto più o meno stabile, e quella dell'aggravamento del rischio nel caso in cui alla stabilizzazione della situazione del rischio sia seguito quasi immediatamente il sinistro.

Tanto nel primo caso quanto nel secondo, non possiamo ammettere che la natura della fattispecie si sia capovolta, e che siamo in presenza di un aggravamento del rischio invece che di una determinazione del sinistro nel primo caso, e viceversa nel secondo.

Occorre ricordare che, perchè un aggravamento sia dato, siano presenti i due elementi che caratterizzano la fattispecie dello stesso: in primo luogo, che lo stato primiero del rischio sia stato abbandonato più o meno definitivamente, e che il secondo sia sussistito per un tempo considerevole. Anche qui ci serviremo di due esempi classici, quasi scolastici, per chiarire meglio le idee (40).

Nel primo caso si supponga ad es. che, in un'assicurazione di viaggio, il passeggero lasci incustodito il proprio bagaglio, per scendere alcuni minuti, durante una fermata, sul viale della stazione a chiacchierare con un amico. Quando ritorna in vettura il bagaglio è scomparso. Quantunque si sia passati, in questo caso, da una situazione di rischio (bagaglio custodito) ad un'altra più grave (bagaglio incustodito) non possiamo parlare di un aggravamento perchè mancano i due elementi sopraddescritti: la prima situazione non venne abbandonata definitivamente, ma soltanto transitoriamente, e la seconda non venne costituita per tempo tale da poter creare una vera e propria nuova situazione di rischio. Il sinistro è qui piuttosto da mettere in relazione con la negligenza (grave o lieve a seconda delle circostanze) dell'assicurato.

Un caso ora che serva a chiarire la seconda fattispecie: in un'assicurazione contro gli infortuni, un tale cambia, nel corso della stessa, professione, scegliendone una assai più pericolosa. Qui abbiamo un aumento di rischio che presenta ambo gli elementi di un aggravamento, poichè il cambiamento di professione va interpretato nel senso che la professione

(40) Tolti ambedue a Framhein, op. cit.

antecedente viene abbandonata definitivamente (41) e che la nuova viene abbracciata per un periodo di tempo abbastanza lungo. Subito dopo il cambiamento avviene un infortunio. L'ha egli determinato per propria colpa da intravvedersi nel cambiamento di professione? Qui la colpa — esista o no — è irrilevante a malgrado della continuità esistente tra la prima situazione del rischio e l'infortunio: l'infortunio è da collegare all'aggravamento del rischio prodottosi con il cambiamento di professione. Di nessuna rilevanza è che esso si sia prodotto immediatamente, poichè va considerato come un incidente del secondo corso del rischio che ha inizio dal nuovo stato di cose: questo incidente, come è avvenuto a distanza di ore, avrebbe potuto avverarsi anche a distanza di anni. Altra situazione avremmo quando l'assicurato nell'esercizio occasionale di mansioni non appartenenti alla sua professione fosse infortunato: qui non si potrebbe ammettere un aggravamento del rischio, ma all'assicuratore potrebbero competere altre eccezioni, come quella del rischio non coperto, della reticenza nella denuncia, o, in caso di negligenza, anche quella della determinazione.

Vogliamo ora esaminare la questione di una possibile concorrenza tra l'aggravamento del rischio e la determinazione del sinistro. Da quanto detto prima, ci sembra che le due fattispecie non possono essere date contemporaneamente, anche se nell'andamento dei fatti erano contenuti tanto gli elementi di un aggravamento quanto quelli di una determinazione. Qui dobbiamo considerare il risultato dei due processi: per l'aggravamento, il raggiungimento di una nuova situazione di rischio, e per la determinazione, il sinistro. Nel nostro caso, il concetto di determinazione copre l'aggravamento, cosicchè quest'ultimo resta eliminato (42).

(41) Qui la parola definitivamente non va interpretata in un senso assoluto, bensì nel senso relativo di durevolmente. È possibile che il Tizio in questione ritorni, dopo un certo tempo, intenzionalmente o per forza di cose, alla professione primitiva. Abbiamo però, in questo caso, uno stato di cose nettamente delimitato.

(42) Non così Framhein, il quale, partendo dal punto di vista del processo, ammette la possibilità di un aggravamento e di una determinazione contemporaneamente. Egli scrive a pag. 37 op. cit.: « Ein solches Zusammenfallen beider Tatbestände in einem Vorgang ist immer dann gegeben, wenn eine Gefahrerhöhung schuldhaft vorgenommen wird und die konkrete Gefahrerhöhung als solche, schon eine Verwirklichung der Gefahr darstellt ». A guisa d'esempio porta un caso presentatosi a un tribunale d'Amburgo: su una nave che aveva trasportato in oriente del petrolio, venne caricata una partita di tè. Il tè prese il cattivo odore del petrolio, guastandosi. F. vede nel fatto del caricare le merci a bordo un aggravamento del rischio che ha come risultato

Possibile è invece una concorrenza dei due concetti per quanto riguarda l'applicazione delle norme di legge: quando cioè, nella medesima fattispecie, si sia avverato dapprima un aggravamento e, in seguito, nell'ambito del nuovo corso del rischio, una determinazione. Il sinistro può essere messo qui in relazione tanto all'aggravamento del rischio, quanto alla colpa dell'assicurato. Vogliamo ancora prendere l'esempio dell'assicurazione infortuni nella quale l'assicurato ha cambiato professione. Nell'esercizio della nuova professione costui resta infortunato per propria negligenza. Il sinistro può ricollegarsi tanto al cambiamento di professione quanto alla negligenza dell'assicurato (43). In questo caso le norme sull'aggravamento del rischio hanno la precedenza nell'applicazione: l'art. 28 I che svincola « ipso facto » l'assicuratore dal contratto, elimina l'applicazione di qualsiasi altra norma.

Per quanto riguarda gli effetti giuridici delle due fattispecie, esistono pure differenze essenziali.

a) In caso di aggravamento del rischio ad opera dello stipulante, l'assicuratore è svincolato dal contratto LCA 28 I. Egli è quindi completamente liberato dall'obbligo alla prestazione, mentre che tale conseguenza, per il sinistro cagionato da colpa, è prevista solo in caso di intenzione. LCA 14 I. Per la colpa, la sua influenza sulla prestazione dell'assicuratore varia secondo il suo grado.

b) In caso di aggravamento del rischio senza concorso dello stipulante e di concorrente violazione dell'obbligo alla denuncia, LCA 30 I, abbiamo le stesse conseguenze dell'art. 28 I LCA, mentre che per la determinazione vale quanto detto sopra. In particolare, nel caso di colpa lieve, l'assicuratore è tenuto alla prestazione integrale.

c) Ancora nel caso in cui l'aggravamento del rischio sia avvenuto senza concorso dello stipulante e costui non sia contravvenuto all'obbligo di denuncia, la responsabilità contrattuale cessa solo 14 giorni dopo la

---

di determinare il sinistro. Noi siamo però d'altro avviso: se il tè prese subito il cattivo odore, nella fattispecie è da intravedere una determinazione perchè il sinistro va messo in relazione con la negligenza dell'armatore. Ma se il tè prese soltanto in seguito il cattivo odore, il sinistro è da collegarsi con il fatto dell'aggravamento avvenuto con il carico. Possibile è dunque solo o l'uno o l'altro. Così anche Stupp, op. cit. pag. 15.

(43) Non così Stupp, il quale, op. cit. pag. 14, non ammette nessuna concorrenza tra le due nozioni.

notificazione del recesso, LCA 30 II: nel caso di sinistro cagionato da colpa non abbiamo nessun termine al quale gli effetti sulla prestazione vengano subordinati.

d) Nel caso di aggravamento del rischio, l'assicuratore è svincolato dal contratto oppure ha un diritto a recedere dallo stesso: nel caso di determinazione (almeno per la colpa grave e lieve) il contratto continua ad esistere, ed ambo le parti sono, per l'avvenire, legate dallo stesso. Per l'intenzione la nostra legge prevede una risoluzione unilaterale da parte dell'assicuratore, LCA 25 I, disposizione criticata (44).

Nel diritto germanico un'ulteriore differenza è costituita dal fatto che l'assicurato può invocare, nel caso di aggravamento volontario, il dovere di umanità e la circostanza che egli ha agito per salvaguardare gli interessi dell'assicuratore a proprio scarico, ciò che, almeno per legge, non è possibile nel caso di determinazione (45). Da noi questa differenza non esiste, perchè il dovere d'umanità costituisce, tanto nel caso di aggravamento quanto in quello di determinazione, una eccezione spettante all'assicurato, e sancita imperativamente dagli art. 15 e 32, cifra 2 e 3, LCA. Se nel caso di determinazione si può invocare il dovere d'umanità, a maggior ragione si potranno invocare le circostanze tutelanti gli interessi dell'assicuratore.

§ 5. La colpa.

La colpa dell'avente diritto o del prenditore d'assicurazione è l'elemento principale che le conseguenze giuridiche previste dalle norme di colpevolezza della nostra legge, hanno come presupposto. La colpa può però essere di diversa natura e gradazione: a seconda della gravità della stessa, la legge prevede conseguenze giuridiche diverse, così che queste non vadano contro al nostro senso di equità. La gradazione della LCA è la seguente: intenzione — colpa grave — colpa lieve, alle quali si ricol-

(44) Ostertag-Hiestand, « das Bundesgesetz über den Versicherungsvetrag », pag. 100, nota (1). Vedi anche più sotto § 11 del lavoro.

(45) Cfr. § 26 del VVG germanico.

legano, in via di massima, rispettivamente, le conseguenze: liberazione dell'assicuratore — riduzione della prestazione e prestazione integrale.

La colpa del prenditore o dell'avente diritto può essere diretta, in quanto è rivolta alla personale determinazione del sinistro, oppure è indiretta, in quanto si riferisca a trascuratezza nei confronti di persone che possono diventare strumenti della determinazione del sinistro. Abbiamo qui una « culpa in eligendo vel custodiendo » (46) che ha effetto solo nel caso in cui sia data in concorrenza con la colpa delle persone sulle quali la vigilanza dell'assicurato si esercita.

Vogliamo ora vedere in particolare, i singoli concetti.

I. **L'intenzione** (47). Il sinistro, affinchè si abbiano le conseguenze dell'art. 14 I LCA, deve essere stato cagionato consapevolmente, con la volontà a ciò diretta, dallo stipulante o dall'avente diritto: la parola intenzione va interpretata nel suo senso abituale. Non è necessario che colui il quale l'ha determinato abbia voluto conseguire risultati che egli sapeva logicamente connessi al sinistro, in particolare che egli abbia determinato il sinistro in vista del percepimento della somma assicurata o della indennità per i danni seguiti al sinistro. Così se il marito per motivi di gelosia uccide la moglie, havvi sinistro causato intenzionalmente, anche se la sua volontà non era diretta al conseguimento della somma assicurata, bensì a vendicarsi dell'infedeltà della moglie: in particolare anche se egli, immediatamente dopo, ha puntato l'arma su se stesso e s'è ucciso, il sinistro è cagionato intenzionalmente e libera l'as-

(46) In sostanza siamo qui in presenza, come nella suddivisione di cui sopra (dolus e culpa) di principî già elaborati dal diritto romano e applicati, con le lievi modificazioni necessarie, alle esigenze del moderno diritto d'assicurazione.

(47) Nella letteratura svizzera tedesca, in considerazione che il VVG germanico usa il termine « Vorsatz » in luogo di « Absicht » usato dal testo tedesco della nostra legge, si è voluto trovare una differenza ai due concetti. Così Roelli, op. cit. pag. 216, poggiandosi sulla dottrina, spiega che per la « Absicht » occorre una volontà diretta a conseguire il risultato (Erfolgwille), mentre che per il « Vorsatz » occorre una volontà diretta al compimento dell'azione (Tatwille). Si ha quindi un concetto nel caso di « Absicht », più ristretto di quello di « Vorsatz »: « Absicht » implica sempre un « Vorsatz », mentre che non necessariamente « Vorsatz » implica una « Absicht ». Questa differenziazione ha però tutto il sapore di una finezza teorico terminologica, che difficilmente avrà un valore nella pratica assicurativa, perchè nella determinazione è sempre il risultato (sinistro) che viene alla luce, e non la volontà di chi l'ha determinato.

sicuratore dall'obbligo alla prestazione. RUA V No 352 (48). I motivi del contegno doloso non hanno dunque, in via di massima, nessuna ripercussione sulla consistenza dell'intenzione e sui suoi effetti.

Il sinistro cagionato per istigazione del prenditore o dell'avente diritto, è da considerarsi come determinato intenzionalmente dall'istigatore: in questo caso, anche se egli fattivamente non ha determinato il sinistro, la sua colpa è quella che fa stato e che deve mettersi in connessione con il risultato, poichè essa copre quella – esista o no — dell'agente. Questi non può considerarsi altro che uno strumento nelle mani dell'istigatore, la volontà del quale egli ha mediato e realizzato. Più in generale poi, basta, perchè esista l'intenzione, che lo stipulante abbia consapevolmente creato un elemento che abbia favorito l'avverarsi del sinistro. RUA III No 105 (49).

Poco importa, per decidere se il sinistro sia stato cagionato intenzionalmente, se colui che lo determinò sia stato assolto nel processo penale in suo odio: anche qui vale il principio generale (vigente nel diritto di risarcimento dei danni, CO 53) secondo il quale il giudice civile non è vincolato dalla sentenza di assoluzione in sede penale. RUA III No 117 c) (50).

Anche quando fossero dati tutti gli elementi per giudicare la determinazione del sinistro come intenzionale, esistono delle eccezioni presso le quali un altro elemento fa della fattispecie un caso da considerare come determinazione non intenzionale nè colposa: avente quindi gli effetti di un sinistro avveratosi secondo il corso normale delle cose.

a) Il sinistro è stato determinato intenzionalmente dallo stipulante, dall'avente diritto oppure da altre persone sulle quali essi hanno da eser-

(48) Cfr. anche Roelli, op. cit. pag. 216 e 218. Il caso citato è stato giudicato dal tribunale cantonale di S. Gallo, il quale spiega che, se il marito fosse stato in vita, non avrebbe certamente avuto diritto alla prestazione: questo diritto non va considerato rinato per il fatto che egli si è suicidato. Il sinistro così cagionato non spiega poi i suoi effetti solamente nei confronti del beneficiario che ha compiuto l'azione, ma anche dei beneficiarî susseguenti: effetto unico è la liberazione dell'assicuratore. Ciò pare non corrispondente all'equità in singoli casi come il presente, ma la legge parla chiaro e non vediamo altra via d'uscita.

(49) Vedi anche § 8 del lavoro.

(50) In particolare il giudice civile può nuovamente esaminare la questione della colpa già definitivamente giudicata dal giudice penale con un verdetto che assolve l'assicurato dall'accusa di omicidio per imprudenza.

citare la loro vigilanza, nell'intento di adempiere ad un dovere d'umanità. LCA 15. Di ciò sarà ancora parola nel seguito del lavoro.

b) Non possono essere considerate come intenzionali le azioni compiute per legittima difesa. CO 52. Così se il prenditore nell'assicurazione vita è stato ucciso dal beneficiario, il quale ciò facendo, si è difeso da attacchi che potevano essere pericolosi per la sua vita, la morte non ha da essere considerata come cagionata intenzionalmente, anche se in altre circostanze ciò sarebbe stato plausibile, perchè nell'azione determinante, la volontà del beneficiario non era certamente diretta a voler cagionare il sinistro (51).

c) Il sinistro cagionato da persona incapace di discernimento non è da considerarsi determinato intenzionalmente, anche quando fossero dati tutti gli altri elementi per giudicarlo tale. RUA V N° 380. L'incapacità di discernimento è da intendersi a' sensi del diritto delle persone. CCS 18, 19 III. Cfr. anche CO 54. Quanto detto per l'intenzione vale anche per la colpa grave.

In caso d'incapacità di discernimento, si tratta di risolvere la questione se colui che ha determinato il sinistro sia colpevole di questo suo stato: ciò accade spesso quando si ha a che fare con una passeggera incapacità di discernimento. In questo caso, il sinistro avrà i suoi effetti (situazione analoga a quella che vige per gli atti illeciti nel CO, art. 54 II) e la colpa che fa stato sarà quella con la quale l'assicurato ha cagionato il suo stato anormale.

II. **La colpa o negligenza.** La LCA distingue, conformemente allo scopo delle norme di colpevolezza, una colpa grave ed una colpa lieve o semplice (culpa lata e culpa levis), alle quali collega effetti essenzialmente diversi. Possiamo definire la colpa come la trascuratezza delle cure richieste nei comuni rapporti (52): lo stabilire se esista una colpa grave o lieve è una questione che non si può facilmente risolvere con elementi teorici e di portata generale, ma è una questione di fatto che

---

(51) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 218.

(52) Roelli op. cit. pag. 226. Questa è anche la definizione accettata dal BGB germanico, § 276.

si può con relativa sicurezza delimitare solamente nel caso singolo, quando siano cioè note tutte le circostanze nelle quali colui che ha agito si è reso colpevole. La soluzione è perciò rilasciata al prudente criterio del giudice: così pure la determinazione del grado, in caso di colpa grave, che fa stato per la riduzione della prestazione dell'assicuratore. LCA II e RUA V N° 142 b) e VI N° 76. In generale, egli dovrà ricercare se colui che ha tenuto un contegno colposo, ha agito contrariamente a quanto avrebbe fatto l'uomo di prudenza normale posto nelle sue stesse condizioni e se ha negletto le misure, l'attenzione e le cure imposte dalla situazione. RUA III N° 77. Oltre alle norme generali di prudenza, egli dovrà anche tener conto dei particolari doveri di prevenzione del sinistro che, nel contratto, sono stati imposti all'assicurato. LCA 29 I. Più in particolare poi, per quanto riguarda le regole generali di prudenza, esiste colpa grave, quando l'assicurato abbia determinato il sinistro violando regole generalmente riconosciute (come il trascurare un « modo d'impiego » manifestamente dato a conoscere) e quando egli abbia conosciuto o abbia dovuto conoscere il rischio di questa sua violazione. RUA IV N° 81 e 82. Più particolarmente ancora, colpa grave è un contegno colposo che rasenta il dolo. RUA V N° 90 (53). Sono dunque da considerare le circostanze nelle quali il determinante è venuto a trovarsi: colpa grave è dunque un concetto da definirsi, nel singolo caso, secondo criteri oggettivi, e non da un punto di vista puramente soggettivo soltanto, riguardante cioè la persona di colui che s'è reso responsabile di colpa nella determinazione del sinistro.

Elemento riferentesi alla persona dell'assicurato, è che egli abbia agito in una completa assenza di riflessione, che ogni individuo di normale intelligenza è tenuto ad osservare: non costituisce colpa grave il fatto che l'assicurato, con la massima diligenza, avrebbe potuto riconoscere il pericolo. RUA IV N° 85. Anche il fatto di aver agito in un momento di distrazione o di stanchezza, come può capitare ad ogni essere umano, non costituisce colpa grave. RUA VI N° 81 (54).

(53) Roelli, op. cit. pag. 225, in conformità della differenza da lui sostenuta tra « Absicht » e « Vorsatz » fa cadere nel concetto di colpa grave anche quello di « vorsätzliches Handeln ».

(54) Diamo, con alla mano la RUA, alcuni casi in cui esiste colpa grave: ciò ha la sua importanza per quanto abbiamo detto nel testo, in considerazione quindi del fatto che qui dobbiamo

III. **La « culpa in eligendo et custodiendo ».** E' la colpa dello stipulante o dell'avente diritto che, a differenza della colpa fin qui trattata, sta in rapporto indiretto con il sinistro: questo è bensì cagionato colposamente da determinata terza persona, ma l'assicurato si è reso colpevole nella sorveglianza della stessa. La legge cita solo la colpa dell'assicurato nel prenderla al proprio servizio o comunque quella nell'ammetterla presso di sè e quella nella vigilanza della stessa: a queste due colpe è da equiparare, per analogia, quella dello stipulante nell'istruire la persona al proprio servizio o vivente nella stessa comunità domestica.

A rigore si potrebbe distinguere, come è stato fatto per la colpa diretta, fra intenzione e colpa. Ciò non è stato fatto dalla legge, la quale cita solamente la colpa grave e la colpa lieve — art. 14 IIì e IV —. Ma ciò non era neppure necessario: le conseguenze nascono logicamente, anche per la « culpa in eligendo et custodiendo », dal resto del testo dell'art. 14 LCA. Di ciò e dell'importanza di questa colpa sarà ancora parola nel seguito del presente lavoro (55).

§ 6. Il nesso causale.

I. **In generale.** Abbiamo esaminato, nei §§ precedenti, gli elementi e i concetti che ci interessano per il problema che trattiamo. Vogliamo ora vedere in quali rapporti, questi elementi stanno o dovrebbero stare tra di loro, affinchè la fattispecie sia data, e alla stessa possano essere collegati quegli effetti giuridici che la legge prevede.

Dobbiamo prima di tutto distinguere tra il caso normale del diritto d'assicurazione, e il caso specifico della determinazione del sinistro. In

---

fondarci, maggiormente che in ogni altro caso, più sulla casistica che non sulla dottrina. RUA III N° 109: l'assicurato che, nell'assicurazione infortuni, non consente di subire un'operazione che il dottore gli ha prospettata come indispensabile, e che non presenta nessun pericolo per la vita e per la salute. RUA III N° 110: il saltar fuori lateralmente da un autocarro in corsa. RUA V N° 93: il fatto d'aprire una porta della carrozza mentre il treno è in moto. RUA VI N° 75: il fatto di circolare con un pesante autocarro a velocità eccessiva su una strada asfaltata e bagnata. RUA V N° 82: il fatto di stare sul predellino dell'automobile in corsa; ecc. ecc.

In istretta relazione con la colpa grave sono i due concetti di « impresa temeraria » (Wagnis) e di « ubriachezza manifesta » che recentemente hanno una gran parte nelle condizioni generali d'assicurazione: lo stabilire se siano dati è pura questione di fatto. Vedi RUA VI N° 94 e seg. e N° 99 e seg.

(55) Vedi § 8 II e per il concetto di persona ausiliaria § 11 II del lavoro.

ambedue i casi, presupposto per le diverse conseguenze giuridiche è che tra il sinistro e il danno o il bisogno, esista un nesso causale. Nel primo poi, il sinistro appare come la logica e naturale conseguenza del rischio assunto dall'assicuratore con il contratto d'assicurazione, mentre che nel caso della determinazione, causale per l'avverarsi del sinistro è il contegno colposo dello stipulante o dell'avente diritto. Quanto abbiamo detto possiamo con più concise parole ripetere: nel caso normale abbiamo una causalità del rischio e nel caso specifico una causalità del contegno colposo dell'assicurato.

Il rapporto causale tra il contegno colposo dello stipulante o dall'avente diritto è naturalmente insito nel concetto medesimo di determinazione (56). Nel sinistro causato da colpa, l'assicurato, con il suo contegno, ha turbato il corso naturale del rischio, che viene ad essere eliminato per lasciare il posto, nel rapporto di causalità, al contegno dell'assicurato che diventa così fattore determinante per il prodursi del sinistro. Nel fatto stesso della determinazione è contenuto il criterio discriminante della causalità.

Affinchè l'assicuratore possa invocare in suo vantaggio la liberazione dalla prestazione o la riduzione della stessa, dovrà dunque esistere un nesso causale tra il contegno dell'assicurato e il sinistro che, come conseguenza diretta, ha prodotto un danno o un bisogno dello stesso. La questione a sapere secondo quali criteri il problema del nesso causale debba essere esaminato, bisogna di una più dettagliata trattazione. In generale, un evento appare ben di rado prodotto da una causa unica, ma, dietro lo stesso, stanno sempre cause diverse e molteplici, che hanno contribuito, in misura diversa, al suo avverarsi. Il contegno colposo dello stipulante e dell'avente diritto non sarà, in pratica, la sola causa che ha contribuito all'avverarsi del sinistro.

Se vogliamo tentare di risolvere il problema ammettendo che il sinistro è da ricollegarsi, per la causalità, con l'ultima determinante circostanza, come hanno fatto i fautori della teoria della « causa proxima », possiamo notare che, praticamente, la soluzione ben raramente corri-

(56) Cfr. § 4 del lavoro e la nota (5) all'art. 14 LCA di Ostertag-Hiestand, op. cit.

sponderà all'equità. Infatti, l'ultima circostanza, ben raramente è quella che ha preparato l'evento e che da sola sarebbe stata determinante per l'avverarsi dello stesso. Essa non è, per servirci di un esempio povero ma illustrativo, che la goccia che fa traboccare il vaso, mentre che altri fattori, assai più importanti di quell'ultima goccia, hanno contribuito a riempirlo. D'altra parte, se è pensabile un'applicazione della regola della « causa proxima » per il caso normale in cui il sinistro appare come la conseguenza naturale del corso del rischio (dove il rischio, pur non essendolo praticamente, può essere considerato come causa unica e quindi ultima determinante del sinistro), ciò non è possibile nel caso della determinazione, in cui il corso del rischio viene interrotto e per così dire allontanato da qualsiasi possibile rapporto con il problema della causalità (57). Da quanto detto risulta chiaro che alla stessa stregua della causa prossima sono da considerare possibili cause remote.

Nell'ambito di queste cause concorrenti, il contegno dell'assicurato deve essere giudicato secondo i principî della teoria della causalità adeguata, come fu già richiamato. Questa causalità qualificata, creata dalla dottrina per i proprî bisogni, trova oggi applicazione generale nel diritto civile, e in particolar modo nel diritto del risarcimento dei danni (58). Secondo le parole stesse di Guhl, « un evento è da considerarsi come causa di un risultato, quando quell'evento, in generale, è adatto per cagionare un tale risultato, e quando un terzo avrebbe potuto prevedere l'avverarsi del danno, secondo la generale esperienza della vita e conoscendo tutte le circostanze ». Quanto è stato detto per il risarcimento dei danni, può esere applicato anche al caso della determinazione, tenendo conto dei differenti presupposti della fattispecie. Ogni evento cronologicamente anteriore al sinistro che può considerarsi « conditio sine qua non » per l'avverarsi dello stesso, è da ritenersi causa del sinistro. Queste molteplici e talora infinite condizioni non sono tuttavia della

(57) Cfr. a questo riguardo, il § 4 II del lavoro. Della stessa opinione, senza tuttavia spiegarne il perchè sono anche Framhein, op. cit. pag. 40 e Stupp. op. cit. pag. 26. Singoli seguaci, nel caso della determinazione, la teoria della « causa proxima » ha trovato in Germania, specie per l'assicurazione marittima. Cfr. ad es. Ritter, « Das Recht der Seeversicherung, ein Kommentar zu den allg. Seeversicherungsberingungen », § 8, nota (18) e « Hanseatische Rechtszeitschrift » vol. 23, pag. 280.

(58) Cfr. Guhl, op. cit. pag. 45.

stessa portata: da separare sono le giuridicamente rilevanti da quelle irrilevanti. La separazione avviene secondo la teoria della causalità adeguata nel senso suesposto, e soltanto le prime appaiono quali concrete e reali cause del sinistro.

Perchè nel caso della determinazione esista un nesso tra il contegno dell'assicurato ed il sinistro, non è dunque necessario, ai sensi della causalità adeguata, che il rapporto sia immediato, ma sarà sufficiente anche un rapporto mediato, poichè, come osserva Roelli (59), non necessariamente la catena causale è composta dai due anelli « causa » ed « effetto », ma può essere composta di parecchi anelli: requisito essenziale è che gli elementi della stessa siano concatenati. Così, ad es. il suicidio, che è determinazione intenzionale del sinistro nell'assicurazione vita, a' sensi dell'art. 14 I LCA, è tale per il diritto d'assicurazione, sia nel caso in cui l'assicurato si tolga la vita con azione propria (colpo di rivoltella), sia che si tolga la vita col concorso di un'azione altrui (ad es. ponendosi sui binari della ferrovia e facendosi travolgere dal treno). In questo caso la catena causale non si compone più di due soli elementi: azione dell'assicurato (causa) e morte (effetto), ma di tre: azione dell'assicurato (causa), azione del conducente il treno (concausa) e morte (effetto). Questi momenti causali, tra di loro concatenati, devono, nel loro effetto generale, produrre il risultato.

In particolare, il contegno dell'assicurato non perde il suo valore e la sua qualità di causa, anche quando con lo stesso, concorrano a cagionare il sinistro altri eventi che sono da considerare nascenti e provenienti dal di fuori di quella sfera nella quale la volontà e la colpa dell'assicurato possono esplicarsi. Così, se l'assicurato appicca fuoco alla propria casa e questa viene incenerita dal fulmine prima ancora che il fuoco appiccato dall'assicurato abbia prodotto i suoi nefasti effetti, abbiamo un caso di determinazione. Ciò non solo per quanto abbiamo detto più sopra, bensì anche in relazione alle nostre esposizioni del § 3: infatti il sinistro è da considerarsi avverato nel momento in cui la casa prende fuoco; da questo istante s'inizia il processo di danneggiamento dal quale risulterà

(59) Roelli, op. cit. pag. 219.

poi il danno. Che nel frattempo siano subentrati altri fattori a favorire e ad accelerare questo processo, non deve avere, nel nostro caso, nessuna importanza. Ciò teoricamente: praticamente il fulmine sarà, per l'assicurato disonesto, un caso fortunato che servirà a nascondere e a coprire la sua azione.

Se l'assicurato ha preso parte, con altri, alla determinazione del sinistro, in qualità di coagente, di complice o di istigatore (RUA III N° 105), non cessa, per il fatto che egli non è il solo a concepire e a mettere in atto il suo disegno, la causalità adeguata tra il suo contegno colposo e il sinistro. Questa manca solo quando il contegno dell'assicurato non può ritenersi causa concorrente all'avverarsi del sinistro, o comunque, pur collaborando, questa sia un fattore di così infima importanza, da dover giudicarsi giuridicamente irrilevante e quindi, secondo le nostre esposizioni di più sopra, non come vera e propria causa reale (60). A questo fine non sarà possibile trovare una regola fissa che possa indicare quando una causa sia, agli effetti del diritto d'assicurazione, rilevante e quindi reale: ciò si lascerà risolvere soltanto in presenza del caso pratico, e secondo il senso giuridico e la ragione.

II. **Causalità della omissione.** Abbiamo ammesso, nel § 4 II del lavoro, che l'omissione dello stipulante o dell'avente diritto è da equipararsi, nel problema della determinazione, a un fare positivo dello stesso. Se esaminiamo l'omissione alla luce della causalità, notiamo subito che andiamo incontro a difficoltà non indifferenti: infatti, se può riuscire relativamente facile il mettere in connessione causale un'azione positiva con un evento prodottosi in seguito alla stessa, non altrettanto facile sarà trovare il medesimo rapporto tra l'omissione e l'evento che ad essa si vuol ricollegare.

All'uopo occorre distinguere, come osserva il Framhein (61), tra il problema filosofico e quello giuridico della causalità dell'omissione, e tenerli nettamente separati. Se noi possiamo infatti, come abbiam fatto,

---

(60) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 220.

(61) Framhein, op. cit. pag. 42.

ammettere la causalità dell'omissione agli effetti della giurisprudenza, non possiamo ammetterla per quanto riguarda l'andamento effettivo delle cose nella realtà.

Causale per l'avverarsi di un evento, nel senso comune della parola, è sempre un'azione oppure un altro evento. L'omissione come tale, non può essere causale per un evento, qualora con la stessa non collabori un'azione (in questo caso di un terzo) oppure un evento. Vogliamo riprendere l'esempio da noi citato più sopra (§ 4), dell'assicurato il quale assiste impassibile al propagarsi dell'incendio dalla casa del vicino alla propria: la sua inattività come tale non sarà mai in grado di produrre l'incendio, se con la stessa non collabora l'evento « incendio nella casa del vicino ». Perciò la questione della causalità, che nel caso normale si riduce ai termini: è il contegno dell'assicurato causale per il verificarsi del sinistro? — dovrà nel caso dell'omissione essere capovolta come segue: — avrebbe potuto, l'assicurato, con un'azione positiva, impedire l'avverarsi del sinistro? —

Sorge ora la questione di sapere come debba venire delimitata questa causalità dalla violazione dell'obbligo alla prevenzione da una parte, e come questa debba venire intesa nell'ambito dello scopo dell'assicurazione, che, come abbiamo rilevato nella introduzione al lavoro, tende a creare al prenditore una maggiore libertà di movimenti nell'esercizio delle sue funzioni e nella sua ulteriore attività, per mezzo di un controllo meno severo del suo contegno quotidiano.

Per quanto riguarda la violazione dell'obbligo alla prevenzione si veggano le esposizioni del § I del presente lavoro. In ogni caso non è da condividere l'opinione di Stupp, il quale vede nella omissione una violazione di doveri che incombono all'assicurato (62): la violazione di questi doveri che, intesi nel senso giuridico, non possono essere imposti che dalla legge o dal contratto, deve essere giudicata secondo quanto il contratto o la legge fissano e alla stessa vanno ricollegate quelle con-

(62) Stupp, op. cit. pag. 27. Secondo lo stesso è causale per il verificarsi del sinistro, il mancato allontanamento e la diminuzione dei danni. Secondo quanto abbiamo detto nel § 3 IV, del lavoro, nell'affermazione di Stupp è contenuta un'evidente contraddizione: non può essere causale per il sinistro, la violazione di un obbligo che l'assicurato deve adempiere soltanto dopo che il sinistro si è verificato.

seguenze giuridiche dagli stessi previste. Non mai quindi, una violazione va intesa nel senso di omissione agli effetti della determinazione del sinistro.

Tutt'al più si potrebbe parlare della violazione di un dovere morale che, messo in relazione con la malafede dell'assicurato, dovrebbe servire a chiarire la situazione dell'omissione nel quadro degli scopi dell'assicurazione. Infatti, la nostra ragione non ci lascia supporre che all'assicurato sia permesso, — solo perchè il contratto, non facendo uso della facoltà riservatagli dall'art. 29 LCA, non gli ha imposto un obbligo alla prevenzione del sinistro, — di lavarsi completamente le mani e di non curarsi più di quanto succede alla cosa oggetto d'assicurazione. Ciò equivarrebbe ad un evidente abuso della posizione di favore nella quale egli viene a trovarsi nei confronti dell'assicuratore, grazie al disposto dell'art. 29 LCA. In questo caso, come del resto in tutto il diritto sul contratto d'assicurazione, ha una gran parte la buona fede (63) e i reciproci rapporti di onestà tra l'assicurato e l'assicuratore.

La posizione dell'omissione nei riguardi dello scopo dell'assicurazione è chiarita dalla gradazione della colpa, che deve essere necessariamente la stessa come per un'azione positiva. Nell'appurare il grado di colpa imputabile all'assicurato in caso di omissione, incorreremmo certamente in difficoltà maggiori che non nel caso di azione positiva, perchè in maggiore misura dovremmo tenere conto della personalità dell'assicurato, del suo grado di coltura, della sua capacità di reagire e di prendere, più o meno rapidamente, una decisione in merito al pericolo imminente. In ogni caso, la libertà di movimento dell'assicurato è garantita dalle conseguenze subordinate alla gradazione della colpa, anche nel caso dell'omissione, non meno che in quello di un'azione positiva (64).

(63) Stupp, op. cit. pag. 28 e Grauer, « Treu und Glauben im Versicherungsverkehr », nella Z. f. d. ges Vers. Wiss., anno 1913, pag. 290.

(64) Cfr. § 2 del lavoro.

III. **L'aggravamento del rischio e il nesso causale nella determinazione.** Abbiamo visto che la determinazione del sinistro costituisce una interruzione del corso naturale del rischio. A sua volta, nella determinazione, la catena di causalità che fa capo al contegno colposo dell'assicurato e che ha eliminato il corso naturale del rischio dai rapporti causali, dovrà essere continua, concatenata, connessa fino all'avverarsi del sinistro. Ciò significa che una interruzione della stessa viene ad eliminare qualsiasi rapporto di causalità tra il contegno dell'assicurato e il verificarsi del sinistro. Abbiamo già accennato a questa interruzione a' sensi della causalità adeguata al n° I.

Vogliamo ora esaminare uno dei casi di interruzione della causalità che, agli effetti del diritto d'assicurazione, è di somma importanza: si tratta del caso in cui la causalità del contegno dell'assicurato ha per effetto finale non il sinistro, bensì un aggravamento del rischio. Siamo qui in presenza di un aggravamento per opera o colpa dell'assicurato: ma ciò poco importa. Quello che importa è il fatto dell'aggravamento. Per quanto detto più sopra (65), l'aggravamento del rischio costituisce, in contrapposto alla determinazione, il ristabilimento di un nuovo naturale corso del rischio, il quale solo, anche se non è quello che sta alla base del contratto, sarà, in avvenire, fattore determinante del sinistro. Abbiamo uno stato di cose, se pur non perfettamente uguale, per lo meno parallelo a quello esistente prima dell'avvenuto contegno colposo dell'assicurato. Abbiamo dunque per mezzo dell'aggravamento, una interruzione del corso naturale del rischio che viene così ad essere logicamente ristabilito. La nostra affermazione non va però fraintesa: non è il corso primiero del rischio che viene ristabilito, ma uno d'intensità maggiore che ha però tutti i caratteri di un corso del rischio.

Ciò può servirci a ribadire quanto abbiamo precedentemente affermato e a confutare l'affermazione di Framhein (66) di una possibilità di concorrenza, contemporaneamente, della fattispecie della determinazione con quella dell'aggravamento. La condanna di questa sua tesi sta

(65) Cfr. § 4 II del lavoro.
(66) Cfr. Framhein, op. cit. pag. 37.

nella sua stessa affermazione (accettabile) che la catena di causalità partente dall'assicurato deve essere ininterrotta, e nella susseguente (pure accettabile) che nell'aggravamento del rischio, il raggiungimento di una nuova situazione di rischio, dalla quale parte un nuovo corso naturale, costituisce una interruzione della catena di causalità. Un aggravamento del rischio costituisce sempre, secondo lo stesso Framhein, una neutralizzazione della determinazione, e la determinazione esclude a priori il raggiungimento di un nuovo, stabile corso del rischio, elemento essenziale dell'aggravamento. La contraddizione in cui incorre Framhein è evidente.

CAPITOLO II

COSTRUZIONE GIURIDICA DELLE NORME DI COLPEVOLEZZA.

I problemi che esamineremo in questo capitolo sono due. Il primo è quello della natura giuridica della determinazione (o della non-determinazione) del sinistro: vale a dire sotto quale luce debba, la stessa, essere vista nell'ambito della dottrina, e come debba essere giudicato il fatto che il diritto sanziona il sinistro cagionato colposamente. Il secondo riguarda la responsabilità dell'assicurato (1). Nella dottrina si usa molto spesso ed assai volentieri fare la distinzione tra responsabilità dell'assicurato per propria colpa e responsabilità dell'assicurato per colpa altrui. Esamineremo se la distinzione abbia una ragione d'esistere, almeno per quel che riguarda il diritto svizzero.

§ 7. **Natura giuridica della determinazione.**

I. « **Oneri** » **d'assicurazione e determinazione.** Tra gli autori che hanno trattato particolarmente la determinazione del sinistro, molti hanno creduto di ravvisare un « onere » d'assicurazione che il contratto o la legge impongono al prenditore d'assicurazione, altri hanno invece tentato di costruire giuridicamente la non-determinazione in altro modo.

(1) A questo riguardo, una breve nota terminologica. L'art. 14 LCA parla di una responsabilità dell'assicuratore. Questo linguaggio deve ritenersi improprio, perchè se nell'art. 14 vogliamo parlare di responsabilità, questa è proprio quella dell'assicurato. Infatti, il motivo di responsabilità contenuto nello stesso è la colpa dell'assicurato, la quale non si dirige contro l'assicuratore, ma contro l'oggetto assicurato. Un contegno che agisca contro i proprî interessi, rappresenta, come osserva il von Tuhr, « una colpa contro sè stessi ».

Vogliamo, sub I, esaminare la teoria che vorrebbe fare della non-determinazione un onere od obbligo (2) d'assicurazione: in seguito tratteremo le altre teorie.

Occorre dapprima essere in chiaro sul concetto di « onere » d'assicurazione. L'onere è una figura giuridica che è in istretta relazione con il rischio assunto dall'assicuratore con il contratto. Questo rischio deve essere, nella sua estensione, esattamente delimitato e definito. L'estensione e la delimitazione del rischio dipendono in certo qual modo dalle dichiarazioni dello stipulante, il quale, prima della conclusione del contratto, deve rispondere a certe domande contenute in appositi formulari. Dalle risposte dello stipulante, l'assicuratore desume la situazione di rischio che verrà poi messa alla base del contratto. L'assicuratore ha un interesse che questa situazione rimanga immutata: ed è quindi comprensibile che la legge dia allo stesso dei diritti in merito. Questi diritti si traducono in doveri che incombono allo stipulante, intesi a mantenere la situazione di rischio immune da possibili mutamenti arbitrarî, e diretti a portare a conoscenza dell'assicuratore mutamenti avvenuti, in modo che il contratto possa venir modificato con un relativo aumento del premio, oppure che l'assicuratore possa disdire lo stesso divenuto per lui troppo gravoso.

Questi oneri, figure peculiari del diritto d'assicurazione, sono da nettamente tenere distinti dagli obblighi dell'assicurato che vanno intesi nel senso di prestazione, come ad es. l'obbligo al pagamento del premio. Agli stessi manca una coercibilità diretta che le prestazioni posseggono: qualora il prenditore vien meno all'obbligo di pagare il premio, l'assicuratore potrà, con l'aiuto dello Stato, forzarlo al pagamento, escutendolo. LEF 38. Ciò non è possibile in caso di onere d'assicurazione, sia esso imposto dal contratto oppure dalla legge. Supponiamo ad es. l'obbligo al salvataggio: nessun mezzo diretto è concesso all'assicuratore per far sì che questo obbligo venga adempito dall'assicurato. Soltanto un mezzo indiretto è stato, dalla legge, previsto perchè tali oneri non avessero, nella pratica, a restare lettera morta. Una certa qual coercibi-

(2) Il termine usato nella letteratura tedesca per onore è « Obliegenheit ».

lità psichica e morale è riconosciuta agli oneri in quanto al caso di non adempimento, siano ricollegate conseguenze svantaggiose, oppure all'adempimento degli stessi, conseguenze vantaggiose per l'assicurato (3).

Da quanto detto sugli oneri d'assicurazione risulta chiaro che la non-determinazione non può essere considerata come un onere imposto dalla legge all'assicurato, sia nel caso in cui si voglia ammettere una qualità dell'onere equivalente a quella della prestazione, sia nel caso in cui si voglia ritenere lo stesso presupposto indispensabile per la prestazione integrale dell'assicuratore.

Se volessimo ammettere la possibilità che la non-determinazione rappresenti un onere dell'assicurato, non potremmo trovare il benchè minimo appoggio nel testo della legge: infatti la stessa non esprime un divieto di cagionare il sinistro colposamente o comunque non comanda all'assicurato di non causare il sinistro. Essa si limita a prevedere la possibilità che il sinistro possa essere determinato da colpa dell'assicurato e a questa eventualità allaccia conseguenze che si esternano nell'obbligo alla prestazione dell'assicuratore.

Ma non possiamo condividere questa opinione anche per altre ragioni di ordine materiale. Caratteristica dell'onere d'assicurazione è che con lo stesso si vuol proteggere l'assicuratore da possibili mutamenti della situazione del rischio: l'onere tende a mantenere le cose nel loro ordine naturale. Le disposizioni degli art. 14 e 15 LCA invece, se pure almeno in parte pensate per la protezione dell'assicuratore, sanciscono da bel principio una determinata situazione di rischio (vedi n° III del presente §), anche se la stessa può essere, salvo le eccezioni degli art. 14 IV e 15, mutata dalle pattuizioni delle parti. Gli oneri scaturiscono necessariamente e giuridicamente dall'assunzione di rischio e sono perciò in istretta relazione con la prestazione dell'assicuratore, mentre che le

(3) È appoggiandosi a questo punto che, nella voluminosa letteratura trattante la natura giuridica degli oneri d'assicurazione, alcuni autori (i fautori della cosidetta « Verbindlichkeitstheorie » nella letteratura tedesca), hanno tentato di equipararli agli obblighi nel senso proprio di prestazione. Essi non hanno visto o non hanno voluto vedere l'enorme differenza tra le due speci di obbligo: la coercibilità degli uni dipende sempre dall'assicuratore, mentre che l'adempimento degli altri è sempre rimesso all'arbitrio dell'assicurato. Per il diritto svizzero, la questione dovrebbe essere definitivamente risolta nel senso che l'obbligo è presupposto indispensabile per l'integrale prestazione dell'assicuratore (vale dunque la cosidetta « Voraussetzungstheorie » fondata dal celebre professore amburghese Bruck).

disposizioni sulla determinazione del sinistro costituiscono una circoscrizione del rischio regolata direttamente dalla legge per motivi di ordine economico, come fu già più volte richiamato.

Inoltre, come abbiamo già visto nel § sul nesso causale, la determinazione del sinistro costituisce sempre una completa eliminazione del corso del rischio dai rapporti di causalità. Se poniamo mente a questo fatto, considerando che gli oneri d'assicurazione sono figure giuridiche in intima connessione con il corso naturale del rischio, ci sembrerà impossibile porre le due apparizioni su uno stesso piede, o meglio, considerare la non-determinazione alla stessa stregua di un onere d'assicurazione.

La posizione della determinazione del sinistro appare, dopo quanto è stato detto, nettamente delimitata dalla prevenzione del rischio. Infatti, come osserva il Roelli (4), le due questioni hanno le loro radici in fattispecie essenzialmente diverse: la determinazione, in un contegno colposo dell'assicurato che è causale per il prodursi del sinistro, la prevenzione del rischio, in azioni ed omissioni previsti dal contratto e tendenti ad impedire possibili mutamenti della situazione del rischio. La violazione di questi obblighi contrattuali può comportare soltanto un'aumentata probabilità che il sinistro si avveri: una collisione tra le norme sulla determinazione e quelle sulla prevenzione del rischio è dunque da escludersi e non può nemmeno essere creata per contratto, perchè non può essere concluso un patto, in base all'art. 29, contrastante con le norme imperative degli art. 14 IV e 15.

Sempre secondo Roelli (5), una collisione è impossibile anche tra le disposizioni sulla determinazione e l'art. 45 I. E ciò anche per la nostra affermazione di più sopra non essere la non-determinazione un obbligo od onere imposto dalla legge al prenditore. Neppure nel caso in cui fosse stato pattuito un obbligo dell'assicurato di non cagionare il sinistro, per la violazione del quale fossero previste delle sanzioni, sarebbe possibile una collisione, perchè l'art. 45 I fa capo a un contegno senza colpa dello

(4) Roelli, op. cit. pag. 195 e seg.
(5) Roelli, op. cit. pag. 196.

stipulante e dell'avente diritto, e le norme dell'art. 14 I, II, III contengono diritto dispositivo.

In appendice alla trattazione del problema dei rapporti tra la determinazione e gli oneri d'assicurazione, sono da trattare anche quelle teorie che, più o meno consciamente, hanno una certa quale affinità con quella equiparante la non-determinazione a un onere. Queste teorie sono quelle degli autori che vedono nella non-determinazione un presupposto negativo per il mantenimento della pretesa d'assicurazione oppure che considerano la non-determinazione quale vero e proprio obbligo coercibile (6).

Per quanto riguarda la teoria del presupposto negativo, evidente è lo sforzo e il desiderio dei suoi seguaci di arrivare a risultati del tutto analoghi a quelli di coloro che hanno voluto intravvedere nella non-determinazione un obbligo dello stipulante, cosicchè non varrà la pena di dilungarci in ulteriori discussioni, ma basterà richiamare quanto detto in precedenza. Per contro sarà interessante esaminare un po' più da vicino l'altra teoria.

Abbiamo già visto che la caratteristica dell'obbligo coercibile è la possibilità di escussione da parte di colui al quale è dovuta la prestazione che l'obbligo comporta: nel nostro caso sarebbe il potere dell'assicuratore di impedire la violazione dell'obbligo di non determinare il sinistro. Ma (e risultò già dalla nostra trattazione) la non-determinazione non costituisce un obbligo dell'assicurato e, anche se ciò fosse, l'assicuratore non ha nessun potere e nessun mezzo di domandarlo e di forzarlo con l'esecuzione. Le sanzioni previste per la determinazione non costituiscono che un mezzo indiretto e di portata generale per far sì che la buona fede, che dovrebbe stare alla base di ogni azione umana, sia rispettata anche in occasioni in cui, più che in ogni altra, pare possibile un arricchimento illecito. Queste sanzioni possono influire, se non sulla coscienza, almeno sulla volontà dell'assicurato, ma solo in suo potere sta il sottrarsi alle

---

(6) Tra i fautori della prima vanno citati: Bruck, « Reichsgesetz über den VV », IV edizione § 61 nota (2) e Schneider, « Reichsgesetz über den VV », pag. 249. Anche Roelli parla di « presupposto » (« Voraussetzung »): il termine va però inteso, secondo le sue esposizioni, nel senso di « condizione ».

Seguaci della seconda sono: Ritter, « Das Recht der Seeversicherung », § 33, nota (7), e Gerhard-Hagen, « Kommentar zum deutschen Reichsgesetz über den VV », pag. 286, nota (4), e Neubert, « Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles », Diss. Dresden 1934.

stesse non determinando il sinistro: l'assicuratore non possiede nessun influsso in questa sfera personale dell'assicurato. Inoltre, se questa teoria dovesse essere applicata, l'assicuratore dovrebbe intentare all'assicurato, in caso di determinazione, azione per il risarcimento dei danni a' sensi dell'art. 97 I CO (7), mentre che la pretesa dell'assicurato resta pregiudicata senza bisogno di ulteriori passi da parte dell'assicuratore. Anche l'onere della prova dovrebbe essere differentemente regolato: l'assicurato dovrebbe discolparsi a senso dell'articolo 97 I CO, mentre che nel nostro caso l'assicuratore deve provare, in via di massima, che l'assicurato ha cagionato colposamente il sinistro.

II. **Altre teorie inammissibili.** Altri autori hanno voluto costruire la non-determinazione come condizione per la pretesa dell'assicuratore: alcuni (8) hanno ammesso una condizione contrattuale, altri (9) hanno creduto di intravvedere, nella non-determinazione, una « conditio juris ». In ambedue i casi la condizione è risolutiva.

La condizione contrattuale, quando il contratto non la citi esplicitamente, dovrebbe essere tacitamente voluta dalle parti, siccome la legge non offre nessun punto d'appoggio per potere ammettere un tale contenuto del contratto, e dovrebbe poter dedursi dall'interpretazione dello stesso. Ma nell'interpretazione del contratto non possiamo supporre che le parti abbiano voluto, alla conclusione, una tale condizione alla quale essi non avevano pensato (10).

Ma anche la teoria della condizione giuridica è da respingere. La « conditio juris » non può essere surrogata nè tantomeno abolita dai patti delle parti: il suo valore è assoluto ed essa sussiste in ogni caso. Per

(7) Com'è noto, il contratto d'assicurazione va considerato come facente parte, sistematicamente, della parte speciale del CO e ad esso vengono applicate le norme della parte generale del CO, previa applicazione delle norme speciali. Art. 100 LCA e Guhl, op. cit. pag. 145.

(8) Cfr. ad es. von Gierke nella « Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht » 1909 pag. 739.

(9) Cfr. tra l'altro Roelli, op. cit. pag. 194.

(10) A ragione osserva il Framhein, op. cit. pag. 48: « eine derartige Auslegung würde aber in offenbarem Widerspruch mit den anerkannten Grundsätzen der Vertragsauslegung stehen, die es niemals zuzulassen vermag, dass einer konstruktion zuliebe der Parteien die Vereinbarung einer stillschweigenden Bedingung untergeschoben wird, an die die Kontrahenten bei Abschluss des Vertrages in Wirklichkeit gar nicht gedacht haben ».

contro, le disposizioni sulla determinazione contengono in buona parte diritto dispositivo che può essere surrogato da una diversa pattuizione delle parti. Evidente è la incompatibilità tra le norme e la condizione giuridica, onde viene a cadere la possibilità di applicazione della stessa alla non-determinazione.

Oltre a questa teoria che si poggia sulla interpretazione del contratto d'assicurazione, troviamo nella letteratura una teoria che cerca di risolvere il problema della costruzione giuridica della non-determinazione, applicando alla stessa principî generali di diritto privato. Principale fautore di questa teoria è il Framhein (11), il quale, esaminate tutte le teorie correnti, attraverso una discussione critica delle stesse, arriva al risultato di non poterne accettare nessuna, ed è animato dal lodevole intento di volerne sostituire un'altra che abbia ad essere accettata definitivamente e con convinzione da tutti quelli che trattano il problema.

Punto di partenza per la costruzione del Framhein, è l'elemento di incertezza che, in quasi tutti i casi, rappresenta una parte importante nel contratto d'assicurazione (12). Alla conclusione del contratto le parti non sanno **se** il sinistro si avvererà, oppure, se lo sanno, non sanno **quando** questo si avvererà. Il sinistro è dunque o incerto e indefinito, o certo e indefinito. L'assicuratore è tenuto al pagamento della indennità o della somma assicurata solo nel caso in cui il sinistro si avveri: quindi l'obbligo alla prestazione dell'assicuratore è condizionato all'avverarsi del sinistro, e il verificarsi del sinistro va ritenuto condizione sospensiva perchè il contratto abbia effetto. Se le cose stanno così, osserva il Framhein, perchè non si potrebbero applicare al contratto d'assicurazione le norme generali sulle condizioni contrattuali? Tra queste egli trova una norma che pare fatta su misura per lui e la sua teoria: si tratta della norma del BGB germanico § 162 II la quale sancisce che una condizione vale come non avveratasi quando una delle parti l'abbia cagionata in malafede (13).

(11) Cfr. Framhein, op. cit. pag. 53 e segg.

(12) Questo elemento è completamente eliminato solo nell'assicurazione delle persone a termine fisso: in essa il sinistro (il raggiungimento di una determinata data) è sicuro e definito, cosicchè il Framhein deve considerare questo ramo d'assicurazione come non assoggettabile alla sua teoria. Cfr. op. cit. pag. 54.

(13) Se ci tentasse l'idea di volere costruire la determinazione del sinistro secondo i principî del Framhein, ciò sarebbe possibile anche secondo il nostro diritto. Noi abbiamo soltanto il

Qui non si tratta, come nel caso della teoria precedentemente esaminata, del diritto dell'assicuratore di far dipendere la sua liberazione o la riduzione della sua prestazione da una condizione risolutiva legale o contrattuale, ma la liberazione o la riduzione sono fatte dipendere dal fatto che l'assicurato ha cagionato in malafede la condizione alla quale era subordinata la prestazione dell'assicuratore, condizione che secondo i principi generali del diritto privato deve considerarsi come non subentrata.

Se dovessimo accettare la teoria del Framhein, poco chiara risulterebbe, nel nostro diritto, la posizione dell'art. 14 II LCA che prevede una riduzione della prestazione dell'assicuratore. Se la malafede si identifica con la intenzione, oppure con la intenzione e con la colpa grave, noi non dovremmo avere una riduzione, bensì una prestazione integrale o una liberazione dell'assicuratore rispettivamente nel primo e nel secondo caso. Se vogliamo poi ammettere che la malafede si identifica sempre con la intenzione e solo secondo le circostanze con la colpa grave, noi dovremmo avere, secondo i casi, a volte prestazione integrale, a volte liberazione dell'assicuratore. Ma ciò non è dato, onde ci pare quanto mai inopportuno il voler lumeggiare la determinazione del sinistro con la condizione sospensiva cagionata in malafede dalle parti: il problema non può essere risolto, come osserva lo Stupp (14), solo secondo i principî generali del diritto privato, perchè in esso hanno gran parte momenti tipici di diritto assicurativo.

III. **Le norme sulla determinazione del sinistro in qualità di regole sull'estensione del rischio.** Punto di partenza per la trattazione di questa teoria è il carattere sinallagmatico del contratto d'assicurazione, e la sua funzione economica, funzione che ne ha permesso il sorgere e ne ha facilitato lo sviluppo.

Nell'ambito della missione generale dell'assicurazione che è la tutela

disposto che sancisce la condizione come verificatasi quando una delle parti ne abbia impedito in malafede l'avverarsi. CO 156. Ma questa norma trova corrispondente applicazione anche alla fattispecie citata nel testo. Cfr. Guhl, op. cit. pag. 42.

(14) Stupp, op. cit. pag. 38.

dell'interesse del singolo come elemento dell'interesse generale (15), il contratto privato d'assicurazione adempie una sua ben definita funzione economica: l'assicuratore prende su di sè le conseguenze dannose di eventi che per il patrimonio dell'assicurato potrebbero essere disastrose e ciò contro il pagamento di un premio, prestazione piccola che questi può facilmente sopportare. Di fronte alla prestazione dell'assicurato consistente nel pagamento del premio abbiamo dunque la controprestazione dell'assicuratore, come fu già accennato, consistente nell'assunzione del rischio. L'estensione del rischio assunto dall'assicuratore è stabilita da ogni singolo contratto: le parti hanno completa libertà nella definizione di questa estensione del rischio, libertà che è però contenuta nelle limitazioni imposte dalla legge.

La questione della colpevolezza nella determinazione del sinistro va interpretata nel senso della estensione del rischio assunto dall'assicuratore (16), e va giudicata solamente in rapporto al problema del rischio, oltre il quale non è permesso andare, come fa il Roelli, il quale, partito da una esatta considerazione del problema nella sua posizione, arriva anche ad ammettere per le norme di colpevolezza, oltre ad una circoscrizione del rischio, anche una condizione legale per la formazione o per l'estensione della pretesa dell'assicurato.

L'assicuratore assume dunque il rischio di risarcire il danno o di coprire il bisogno subentrato quando il sinistro si sia avverato per caso fortuito o per mezzo della colpa dell'assicurato, quando quest'ultimo rischio sia contemplato dalla legge o dal contratto. Questo in contrapposto al primo diritto d'assicurazione che imponeva all'assicuratore di assumere soltanto il rischio per sinistri determinati da casi fortuiti. I danni o il bisogno determinati da un sinistro cagionato dalla colpa dell'assicurato che superi quella ammessa dalla legge o dal contratto non sono coperti dall'assicuratore. Il caso in cui il sinistro costituisca la realizzazione di quel rischio non è compreso nella controprestazione dell'assicuratore (assunzione del rischio), e va dunque valutato nel senso di una **esclusione di**

(15) Vedi l'interessante conferenza di Bruck in « Versicherungsarchiv » 1933, pag. 402.
(16) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 194.

rischio (17). Questo non è un caso che riguarda il contratto d'assicurazione, ma concerne essenzialmente l'assicurato e la sua sfera personale: infatti la sua colpa non si dirige contro l'assicuratore bensì contro l'oggetto assicurato e deve quindi, come fu già rilevato (18) essere sopportato dall'assicurato. Conseguenza tipica dell'esclusione del rischio, è che la realizzazione del rischio (che in caso di assunzione dovrebbe rappresentare il sinistro) ed il danno conseguente colpiscono la persona che normalmente, cioè senza l'esistenza di un contratto d'assicurazione, lo avrebbe dovuto subire in omaggio al principio generale « quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire ». Queste conseguenze abbiamo anche nel caso della determinazione del sinistro per la quale è prevista una responsabilità dello stipulante o dell'avente diritto.

L'argomento che si fa valere contro questa teoria, è quello che se pur si possono considerare le norme sulla determinazione del sinistro come regolanti il rischio assunto dall'assicuratore, non si può parlare di un'esclusione del rischio: l'obbligo dell'assicuratore alla prestazione per i danni derivanti dalla realizzazione di determinati rischi non è esclusa, ma, viceversa, quest'obbligo viene assunto per altri rischi che normalmente devono considerarsi esclusi dall'assicurazione (19).

Quest'argomento non è però di importanza decisiva ed assoluto agli effetti della teoria fin qui discussa. Secondo il diverso punto di vista potrebbe anche considerarsi esatto: infatti, se noi consideriamo il rischio delimitato a priori da principî di portata generale e poniamo come assioma il fatto che l'assicurazione prende in considerazione i sinistri prodotti da caso fortuito e non quelli prodotti dal contegno dell'assicurato (situazione identica a quella del diritto d'assicurazione prima della evoluzione trat-

(17) Quest'opinione per cui nel caso dell'art. 14 si tratti di una esclusione del rischio è condivisa anche da Ehrenzweig, Z. f. d. ges. Vers. Wiss. 1923 pag. 34, da Gottschalk, Juristische Rundschau 1927 pag. 266, Bruck, op. cit. VI e VII edizione, Stupp, op. cit. pag. 38. Rosenstiel, SVZ vol. I (1933-34) pag. 298, parla poi esplicitamente dell'art. 14 come di una clausola d'esclusione. Si veda anche Stiefel in « Assicurazioni », anno V, parte II, pag. 223, il quale, poggiandosi su una sentenza del Tribunale Federale pubblicata in RGP 1936 pag. 306, nella quale si afferma, in un caso di provocazione dolosa del sinistro che « il diritto d'assicurazione non è neppure sorto », scrive: « il non dover commettere colpa o dolo in relazione al rischio assicurato, non costituisce un onere a carico del contraente, **bensì una limitazione del rischio** ».

(18) Vedi § 7 nota (1) del lavoro.

(19) Framhein, op. cit. pag. 50.

tata nel § 2) possiamo giungere al risultato che la prestazione integrale in caso di colpa lieve dell'assicurato e la prestazione parziale in caso di colpa grave, sancite soltanto in epoca successiva da un diritto più evoluto, debbano considerarsi come un aumento del rischio assunto dall'assicuratore. Ma non possiamo stabilire a priori ed arbitrariamente come debba essere stabilito il confine al di qua del quale il rischio viene escluso ed al di là del quale esso viene assunto: dobbiamo prendere il rischio nella sua qualità di reale elemento del contratto d'assicurazione come si esterna in ogni singolo tipo di contratto. Così ad es. nella assicurazione incendio il rischio è costituito da quegli avvenimenti esteriori che influiscono sulla cosa assicurata o sull'interesse economico oggetto dell'assicurazione: la possibilità che queste circostanze possano agire in modo da determinare il sinistro (incendio) costituiscono il motivo per la conclusione del contratto d'assicurazione. Se noi consideriamo questi avvenimenti esteriori, queste circostanze influenti sull'oggetto d'assicurazione in modo da determinare il sinistro in via assoluta ed oggettiva, vediamo logicamente che anche la determinazione deve essere trattata come una di queste circostanze con le quali si debba contare per la possibilità dell'avverarsi del sinistro. Ma questa sopportazione integrale del rischio da parte dell'assicuratore non la possiamo supporre. Questo verrebbe a trovarsi in una posizione non equa e sproporziónata nei riguardi dell'assicurato, anzi possiamo ben dire che sarebbe alla sua mercè. Occorre quindi che questo rischio venga diminuito e regolato così da essere contenuto entro limiti ragionevoli. Abbiamo così quella apparizione del diritto assicurativo chiamata esclusione del rischio alla quale appartengono anche le norme sulla determinazione del sinistro.

§ 8. La responsabilità dell'assicurato (20).

I. **Il principio contenuto nella legge.** Evidentemente, come abbiamo già visto nella nota introduttiva a questo capitolo, l'assicurato è responsabile della propria colpa, la quale non si dirige contro l'assicuratore ma

(20) Dove assicurato può essere inteso nel senso della legge di stipulante e di avente diritto.

contro l'oggetto o l'interesse assicurato e quindi contro l'assicurato stesso. Questa responsabilità, che nel caso in cui non ci fosse assicurazione dovrebbe essere a carico totale di colui che ha esplicato il contegno colposo, deve essere leggermente modificata nell'ambito del contratto d'assicurazione, seppure il principio resta immutato: l'assicurato è sempre colui che deve sopportare la propria colpa e gli effetti che questa ha esplicato sulla sua proprietà o comunque sui propri interessi. Nel contratto d'assicurazione dove è previsto, quale prestazione risultante dall'assunzione del rischio, il risarcimento di un danno o la copertura di un bisogno, questa responsabilità si esplica in una mancata prestazione o in una riduzione della stessa che vanno a carico dell'assicurato. La prestazione che l'assicuratore avrebbe dovuto fare in caso normale di sinistro, o la differenza tra questa ipotetica prestazione e quella ridotta (realmente fatta) rappresentano la misura di questa responsabilità dell'assicurato. Varianti nel contratto d'assicurazione sono costituite dal fatto (da ascriversi allo scopo dell'assicurazione come fu già più volte rilevato) che la colpa lieve dell'assicurato non è messa a carico dello stesso, bensì a carico dell'assicuratore e che anche la colpa grave è messa parzialmente a carico dell'assicuratore.

Ma fin qui abbiamo osservato solo i casi di colpa propria dell'assicurato. La LCA, nelle sue norme di colpevolezza, ha considerato anche una possibile colpa di terze persone in rapporto più o meno diretto con l'assicurato, facendola però concorrere con una colpa di questo « in eligendo et custodiendo ». Questa colpa di terze persone fondante una riduzione della prestazione dell'assicuratore, ha fatto sì che nella letteratura fosse rappresentata una teoria che ammette una responsbilità dell'assicurato per colpa altrui (21). Se questa opinione, in base alla nostra legge, debba essere condivisa oppure rigettata, formerà l'oggetto della nostra discussione sub I.

Abbiamo parlato di una concorrenza tra la colpa delle terze persone (persone ausiliarie) e quella dell'assicurato « in eligendo et custodiendo ».

(21) Cfr. ad es. Stupp, op. cit. pag. 46 e Sommer, « Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden », Diss. Göttingen 1913.

Di questa concorrenza la legge tratta diversi casi di combinazioni, ai quali sono collegate conseguenze diverse sulla prestazione dell'assicuratore, conseguenze che, come già osservato, danno la misura della responsabilità dell'assicurato. Diamo, con alla mano le norme dell'art. 14 III e IV, i casi in questione:

COLPA DELLE PERSONE AUSILIARIE	COLPA DELL'ASSICURATO « IN ELIG. ET CUST. »	PRESTAZIONI DELL' ASSICURATORE
1. intenzione	colpa grave	riduzione
2. colpa grave	colpa grave	riduzione
3. colpa grave	colpa lieve	prestazione integrale
4. colpa lieve	colpa grave	prestazione integrale
5. colpa lieve	colpa lieve	prestazione integrale

Vogliamo osservare i casi suesposti alla luce del principio legislativo secondo il quale all'intenzione, colpa grave e colpa lieve vanno collegate rispettivamente liberazione dell'assicuratore, riduzione della prestazione e prestazione integrale.

Se l'effetto della colpa sulla prestazione dell'assicuratore deve essere messo in relazione con la colpa delle persone ausiliarie, potremo trarre la conseguenza che la teoria di una responsabilità dell'assicurato per colpa altrui debba essere accettata.

Il caso n° 4 parrebbe avvalorare questa ipotesi, perchè secondo il principio suesposto, la conseguenza della prestazione integrale dell'assicuratore va senza dubbio messa in relazione con la colpa lieve delle persone ausiliarie.

Ma non così nei casi 1 e 3. Al caso n° 1 dovremmo avere, in base al principio suesposto, e se la colpa delle persone ausiliarie dovesse fare stato, una liberazione totale dell'assicuratore, mentre che questi può pretendere soltanto una riduzione della prestazione, conseguenza che deve essere messa senz'altro in relazione con la colpa grave « in eligendo et custodiendo » dell'assicurato. Così al n° 3 dove la prestazione integrale

dell'assicuratore deve essere considerata come facente capo alla colpa lieve dell'assicurato, e non certo a quella grave della persona ausiliaria.

Non va poi inosservato il fatto che la legge sancisce, per la riduzione, il principio, che acquista particolare importanza al caso n° 2 nel quale tanto l'assicurato come la persona ausiliaria si sono rese colpevoli di colpa grave, che la stessa deve essere fatta proporzionatamente al grado della colpa dello stipulante o dell'avente diritto. LCA 14 III alla fine.

Abbiamo dunque argomenti che sono in favore tanto della teoria della responsabilità per colpa altrui, quanto di quella che ammette solamente una responsabilità per colpa propria, di modo che la questione potrebbe considerarsi come rigettata in alto mare.

Ma se noi osserviamo più davvicino l'argomento dedotto dalla legge che parrebbe avvalorare l'opinione dei fautori di una responsabilità dell'assicurato per colpa altrui, dobbiamo arrivare al risultato che il caso n° 4, pur mettendo in relazione la prestazione dell'assicuratore con la colpa della persona ausiliaria, non rappresenta un caso di responsabilità dell'assicurato per colpa altrui. Infatti, come già rilevato, la misura della responsabilità dell'assicurato è data dalla diminuita oppure annullata prestazione dell'assicuratore. Il che vorrà dire che se l'ssicuratore deve rispondere per intero, non si potrà parlare di responsabilità alcuna dell'assicurato: il quale, se non risponde per la propria colpa grave, non risponde nemmeno di quella lieve della persona ausiliaria.

Resta il fatto che, contrariamente al principio della legge, l'assicurato non risponde, in questo caso specifico, della propria colpa grave. Questo fatto non può essere però valutato che come eccezione al principio surrichiamato e come ulteriore concessione fatta dal legislatore all'assicurato, che va messa in relazione con la deroga del moderno diritto d'assicurazione al principio di casualità (22): l'assicuratore è tenuto alla prestazione integrale nel caso in cui all'assicurato sia da imputare una colpa lieve nella determinazione, ed anche nel caso in cui il sinistro

(22) Cfr. § 2 del lavoro.

è causato da colpa lieve di terza persona e l'assicurato si sia reso colpevole di negligenza grave « in eligendo et custodiendo ».

Perso anche questo argomento il suo valore, dobbiamo arrivare alla conclusione che l'assicurato risponde soltanto, a tenore dell'art. 14, della propria colpa, e che una teoria della responsabilità dell'assicurato per colpa altrui, non ci è permesso costruire in base alla nostra legge: vale il cosidetto **principio della propria colpevolezza** (23).

In base a questo principio non ci sarà difficile completare lo specchietto di più sopra, che contiene solo i casi contemplati dalla legge, con altre possibili combinazioni di colpa dell'assicurato e delle persone ausiliarie. In particolare, l'intenzione dell'assicurato « in eligendo et custodiendo », deve essere trattata alla stessa stregua di un'istigazione, e quella della persona ausiliaria, nel caso in cui concorra con l'intenzione dello stipulante, deve essere considerata come complicità.

II. **L'estensione della responsabilità dell'assicurato nell'ambito del diritto comune.** La natura della responsabilità dell'assicurato, esaminata precedentemente, definisce nettamente la stessa nell'ambito del diritto comune. Questa responsabilità essenzialmente basata sul principio della propria colpa, è delimitata, per quanto riguarda la sua estensione, dal grado della colpa dello stesso « in eligendo et custodiendo ». La norma dell'art. 14 III che sancisce questo principio, va interpretata nel senso di una norma speciale, e non in base ai principî generali della responsabilità (24).

Altro fattore che delimita la responsabilità dell'assicurato, in un altro senso però, è il concetto di terza persona o persona ausiliaria, per la colpa della quale egli è tenuto, concorrendo la propria colpa, a rispondere a' sensi dell'art. 14 III LCA: di questo concetto che non vogliamo

(23) In tedesco « Selbstverschuldungsprinzip ». Dello stesso avviso è anche Roelli, op. cit. pag. 202. Nel diritto germanico questa teoria è sostenuta principalmente da Schneider, « Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs und Versicherungsrecht » 1910 pag. 204 e 735. — Anche Framhein giunge allo stesso risultato cui siamo giunti noi, però per altra via: applicando la teoria del sinistro quale condizione sospensiva della prestazione dell'assicuratore, egli arriva al risultato che se la condizione fu cagionata da una terza persona senza colpa dell'assicurato, non si può parlare di malafede di colui a vantaggio del quale va il sinistro. Cfr. op. cit. pag. 74.

(24) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 204.

trattare in questa sede, dove la responsabilità è trattata alla luce della colpa, sarà parola più avanti (25).

Così, per quanto riguarda la responsabilità in rapporto al proprio contegno ed a quello della terza persona, la responsabilità dell'assicurato è limitata nei confronti di quella del padre di famiglia per i proprî familiari a' sensi dell'art. 333 CCS. Secondo questo disposto, il capo della famiglia risponde per atti oggettivamente illeciti del familiare, mentre che lo stipulante o l'avente diritto risponde solo in caso di intenzione e di colpa grave dello stesso, anche prescindendo dalla propria « culpa in eligendo et custodiendo ». Costui non deve perciò esser fatto responsabile di atti compiuti da incapaci di discernimento. Inoltre l'onere della prova è differentemente regolato: nella fattispecie dell'art. 14 III l'assicuratore deve provare che tanto il terzo quanto l'assicurato si siano comportati colposamente, mentre che il capo famiglia, a' sensi dell'articolo 333 CCS, deve fornire la prova a propria discolpa. RUA VII N° 145 b). Il capo di famiglia è dunque, quando appare nella veste di assicurato, messo su un piede di preferenza nei confronti del diritto comune, grazie a una norma speciale della LCA.

Così dicasi della responsabilità del padrone per le persone che lavorano presso di lui a' sensi dell'art. 55 CO. Anche in questo caso, se pur possiamo parlare di una uguale estensione della responsabilità per quanto riguarda le persone, ed i danni che devono essere stati cagionati nel disimpegno delle mansioni inerenti al proprio servizio, non si può equiparare il principio dell'art. 55 CO a quello dell'art. 14 III LCA per quanto riguarda la persona del padrone. Infatti l'art. 55 CO non presuppone una colpa dello stesso, mentre che l'art. 14 III fa del suo contegno colposo la « conditio sine qua non » della fattispecie. Da questo punto di vista la LCA tratta meglio il padrone, a' sensi dell'assicurazione, di quanto non faccia il diritto civile comune.

Il principio della propria colpevolezza esclude senz'altro eventuali azioni di terzi che non siano quelli previsti dall'art. 14 III LCA, dalla responsabilità dell'assicurato. Azioni colpose di questi terzi, non hanno

(25) Vedi § 10 II del presente lavoro.

alcun influsso sulla prestazione dell'assicuratore, il quale è tenuto a prestarla interamente a' sensi del contratto. La questione va risolta tra l'assicuratore ed il terzo in malafede a tenore dell'art. 72 LCA o in conformità dell'art. 51 CO che va considerato, nei confronti della norma precedente, disposizione speciale. La responsabilità dell'assicurato per la determinazione del sinistro da parte di terzi, va accertata alla luce delle norme di colpevolezza e non invocando altre norme di diritto civile.

Secondo queste norme e secondo il principio da esse sancito, va esclusa a priori una responsabilità dell'assicurato per il proprio rappresentante legale: la questione è ancora controversa nella letteratura e nel diritto germanico, nel quale anche la questione se sia da applicare il principio della propria colpevolezza o non lo sia, non è stata ancora definitivamente chiarita (26). La questione dovrebbe però essere considerata risolta per il nostro diritto. A questo risultato si giunse non solo in base ai principî sanciti dalle norme della LCA, ma anche in base al diritto comune. Infatti, come osserva il Roelli, in nessun modo noi possiamo supporre che il rappresentante legale abbia ricevuto, con l'autorizzazione della rappresentanza, anche la facoltà di compiere atti illeciti (27). Se ciò fosse, logica sarebbe l'illazione che una rappresentanza la quale autorizza a compiere atti illeciti, debba essere riconosciuta, ciò che non è, secondo i sani principî della dottrina, e secondo la legge. Art. 20 CO (nullità di contratto immorale nel suo convenuto).

Anche in base alle nostre esposizioni (28) con le quali abbiamo negato alla non-determinazione la qualità di obbligo coercibile dell'assicurato, possiamo arrivare, da un punto di vista assicurativo, al medesimo risultato. La rappresentanza legale concede al rappresentante la facoltà di curare l'attività giuridica del rappresentato. Questa attività è rivolta

---

(26) Cfr. ad es. Stupp, op. cit. pag. 49 e segg. e Framhein, op. cit. pag. 80 e segg. Il primo ammette una responsabilità dell'assicurato per il rappresentante legale, il secondo, pure fautore, per motivi diversi dai nostri, del principio della propria colpevolezza, la respinge.

(27) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 221: « Es kann unmöglich in der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters liegen, den Schaden absichtlich zu verursachen, z. B. den versicherten Mündel zu töten, das Haus des Mündels in Brand zu stecken, kurz Handlungen zu begehen, die, weil sie sich gegen eine fremde Person oder ein fremdes Vermögen richten, von vorneherein widerrechtlich sind ».

(28) Vedi § 7 I del lavoro.

all'adempimento di un obbligo di cui a senso della rappresentanza si può far responsabile l'assicurato. Tanto il rappresentante legale quanto quello contrattuale sottostanno dunque alla norma dell'art. 14 III LCA: per essi non è dato costruire una responsabilità dell'assicurato che deroghi e possa stabilirsi indipendentemente dalla colpa dello stesso.

Una eccezione apparente al principio della propria colpevolezza, è costituito dalla responsabilità di una persona giuridica per i proprî organi.

Abbiamo parlato di eccezione apparente in quanto la persona giuridica in qualità di assicurato risponde degli atti di una persona o di persone che esteriormente si differenziano dalla stessa. Ma questa eccezione non è tale perchè la persona giuridica, come persona giuridica, non è nemmeno capace d'agire e quindi di obbligarsi per atti illeciti: tutto quanto la persona giuridica (società anonima, cooperativa, società a responsabilità limitata, fondazione, associazione) dispone, lo fa per mezzo dei proprî organi. Questi organi non sono puramente dei rappresentanti, ma si identificano con la persona giuridica stessa: essi ne sono il cervello, e quando questi come organi della stessa agiscono, è la persona stessa che agisce. Quando la persona giuridica è fatta responsabile per la intenzione o la colpa grave dei propri organi, essa non è responsabile per la colpa di un terzo, ma per la propria colpa. CCS 55 I e II. La determinazione colposa del sinistro da parte degli organi di una persona giuridica non deve quindi sottostare alla norma dell'art. 14 III, bensì a quella dell'art. 14 I e II che regolano la situazione giuridica in caso di determinazione colposa dello stipulante o dell'avente diritto (29).

Anche per quanto riguarda il principio della propria colpevolezza, la libertà contrattuale ha la sua parola da dire: questo principio può essere, almeno in parte, per ciò che concerne l'art. III, eliminato dai patti delle parti.

---

(29) Per quanto riguarda la determinazione degli organi delle persone giuridiche, vedi le ampie esposizioni di Rcelli, op. cit. pag. 212 e segg.

CAPITOLO III

EFFETTI DELLA DETERMINAZIONE DEL SINISTRO.

Esclusa la possibilità che la non determinazione del sinistro possa costituire un obbligo coercibile dell'assicurato, ed sclusa la logica conseguenza di una possibile azione per il risarcimento dell'assicuratore a norma dell'art. 97 CO (1), il sinistro cagionato da colpa può esplicare effetti nell'ambito del contratto d'assicurazione soltanto in due direzioni: sulla prestazione dell'assicuratore e sulla sorte giuridica del contratto stesso. A questa bipartizione degli effetti s'ispira la suddivisione del presente capitolo.

A) SULLA PRESTAZIONE DELL'ASSICURATORE.

Oltremodo difficile si presenta una disposizione sistematca di questa parte del capitolo per i numerosi e diversi fattori che concorrono ad influire sulla prestazione dell'assicuratore.

Questa prestazione può essere infatti, secondo la nostra legge, totale, parziale o nulla. A determinare tale effetto concorrono colpe diverse secondo i casi (colpa dell'assicurato — colpa delle persone ausiliarie — colpa « in eligendo et custodiendo »), che alla loro volta possono essere di gradazione diversa (intenzione — colpa grave — colpa lieve), e che sono da imputare, secondo i casi, a persone pure diverse (stipulante, avente diritto ed altri terzi compresi sotto la denominazione generale di persone ausiliarie).

(1) Vedi § 7 I del lavoro.

L'aver voluto concentrare in un solo articolo il giuoco multiforme di tutti questi elementi che offrono molte combinazioni, è senza dubbio, in questo caso, un difetto della nostra legge che ha contribuito alla inorganicità e alla poca chiarezza della questione del nostro diritto (2). D'altra parte data la situazione oltremodo arruffata di questi rapporti, difficile sarebbe stato per il legislatore, dato il sistema della nostra legge, inquadrare il problema in una sistematica chiara ed organica. Noi faremo tutto il possibile per ritrarre la situazione, oltre che fedelmente alla legge, anche in modo chiaro.

La questione che ci occupa in questa parte di capitolo è quella dell'influsso esercitato dal sinistro cagionato da colpa sulla prestazione concreta dell'assicuratore della somma assicurata oppure dell'indennità dovuta a seguito del danno scaturito dal sinistro: in altre parole dobbiamo vedere come questa prestazione si comporti qualora il sinistro sia dovuto al fatto, oppure, come abbiamo ammesso, all'omissione dell'assicurato, oppure al fatto o all'omissione delle sue persone ausiliarie. A quest'uopo cominceremo col distinguere uno determinazione dell'assicurato ed una determinazione di terze persone (3).

§ 9. **Determinazione dell'assicurato.**

I. **In generale.** Presupposti delle fattispecie di cui ci occupiamo in questo capitolo, sono gli elementi che abbiamo esaminato nel I capitolo e cioè: un evento che abbia tutti i caratteri esteriori del sinistro e che possa essere valutato come la realizzazione del rischio che sta alla base del contratto, la determinazione dello stesso da parte dello stipulante o

(2) Assai più chiaro, almeno per quel che riguarda la determinazione del sinistro, il sistema della legge germanica, la quale dedica al problema una speciale norma per ogni ramo d'assicurazione. Questa maggior chiarezza è dovuta al fatto che i diversi rami d'assicurazione non sopportano egualmente bene l'abbandono del principio di casualità portato dall'evoluzione del diritto assicurativo.

(3) Contrapponiamo questa distinzione a quella in auge presso gli autori che ammettono una responsabilità dell'assicurato, per colpa altrui (cfr. ad es. Stupp, op. cit. pag. 40 e 46). Essa deve essere considerata come conseguenza logica delle nostre esposizioni al § 8. Non facciamo quindi che prendere alla base di questa distinzione la colpa dell'assicurato che, come noto, può essere di due specie: avremo dunque una responsabilità dello stesso per la propria colpa diretta, oppure per la propria colpa « in eligendo et custodiendo » corrispondente alla nostra suddivisione alla base della quale abbiamo preso la persona che fattivamente determina il sinistro.

dell'avente diritto, la colpa degli stessi nella determinazione e il nesso causale tra il contegno colposo e il sinistro. Peculiare ai casi da trattare nel presente § è il fatto che la determinazione è da ascrivere ad azione o ad omissione dello stipulante (4) o dell'avente diritto: praticamente dell'assicurato, di colui che ha un interesse economico alla conclusione o all'esistenza di un contratto d'assicurazione; e che questo abbia determinato il sinistro per propria colpa diretta.

La determinazione dello stipulante non ha il carattere assoluto di presupposto: la sua azione od omissione colposa non sarà d'importanza agli effetti della prestazione dell'assicuratore nel caso in cui l'oggetto del contratto d'assicurazione sia stato alienato, art. LCA 54, perchè nel contratto gli subentra il nuovo proprietario della cosa il quale assume così tutti i diritti e i doveri derivanti dallo stesso, oppure nel caso in cui il coniuge od i discendenti beneficiari del contratto gli siano subentrati nei doveri e nei diritti nascenti dallo stesso a' sensi dell'art. 81 LCA (5). Per contro non del tutto convincente è l'opinione per cui il prenditore sia da considerare come terza persona nell'assicurazione per conto altrui: se la legislazione o la giurisprudenza avessero sancito il principio per cui una determinazione dello stipulante debba restare in questo caso senza effetto, avrebbero dato libero corso ad abusi evidenti dell'assicurazione, cui gli inevitabili rapporti tra stipulante e assicurato nell'assicurazione per conto altrui avrebbero condotto (6).

Per avente diritto deve intendersi colui il quale in virtù di diritto proprio oppure di diritto derivato, abbia una pretesa contro l'assicuratore nascente dal contratto d'assicurazione, indipendentemente dal fatto che questo diritto sia indipendente dal contegno dello stipulante, oppure sia stato influito dallo stesso (7).

Dati i presupposti citati più sopra, gli effetti cui la prestazione del-

---

(4) Per quanto riguarda il concetto di stipulante o prenditore, di portata generale nel contratta d'assicurazione, vedi Roelli, op. cit. pag. 107 nota (3).

(5) Cfr. Ostertag, op. cit. pag. 100, nota (2).

(6) Questa opinione è affermata da Framhein, op. cit. pag. 72. Cfr. il « Protokoll der Verhandlungen der Expertenkommission » nel quale a pag. 15 è detto: « Bei der Versicherung für fremde Rechnung und noch mehr bei derjenigen zugunsten Dritter, bleibt der Versicherungsnehmer auch bei Wegfall seines Interesses Vertragspartei und darum sein Verhalten mit Recht relevant ».

(7) Roelli, op. cit. pag. 207-208.

l'assicuratore va soggetta, dipendono unicamente dal grado della colpa imputabile al prenditore o all'avente diritto. Secondo la triplice gradazione adottata dalla nostra legge possiamo distinguere tre casi.

a) L'assicuratore non è tenuto alla prestazione nel caso in cui lo stipulante o l'avente diritto abbia cagionato intenzionalmente il sinistro, o meglio l'evento che presenta i caratteri esteriori del sinistro o della realizzazione del rischio. LCA 14 I. Questa conseguenza del contegno doloso dell'assicurato non abbisogna, in sè, praticamente, di una giustificazione giuridica (8). La liberazione dell'assicurato può essere facilmente concepita anche logicamente e teoricamente, se poniamo mente a quanto detto nel corso del nostro lavoro a proposito del sinistro cagionato da colpa (9). Dobbiamo pensare alla definizione di sinistro che vale nella teoria, nella quale è considerato come evento che giustifica la prestazione concreta dell'assicuratore. Se vogliamo ammettere questa definizione, dobbiamo arrivare al risultato che nel nostro caso sinistro non esiste, perchè l'evento che ne ha i caratteri esteriori non giustifica la prestazione dell'assicuratore. Infatti giuridicamente (presupposto naturalmente che l'intenzione dello stipulante o dell'avente diritto esista realmente e sia stata provata) il sinistro non si è avverato e la pretesa dell'assicurato non è annullata dal fatto della determinazione colposa, ma non è mai esistita, perchè non si è mai verificato il presupposto che fa nascere la stessa (10).

Allo stesso risultato si arriva considerando quanto abbiamo detto sulla natura giuridica della determinazione (11). In base a questa teoria il sinistro cagionato colposamente rappresenta la realizzazione di un rischio non coperto dall'assicurazione, per cui è senz'altro fondata la conseguenza che l'assicuratore non è tenuto alla prestazione per un evento che nasce da circostanze esorbitanti dall'ambito della sua prestazione.

b) L'assicuratore ha diritto di ridurre la sua prestazione in propor-

(8) Cfr. Guhl, op. cit. pag. 404, edizione 1933.

(9) Vedi § 4 II alla fine, del lavoro.

(10) Questo argomento, che ha un po' il sapore di una tautologia, serve assai bene a mettere le cose a posto nella questione della liberazione dell'assicuratore. L'errore è da intravvedere in un falso uso della terminologia nella nostra legge.

(11) Cfr. § 7 III del lavoro.

zione al grado della colpa dello stipulante o dell'avente diritto, quando costoro abbiano determinato il sinistro con propria colpa grave. LCA 14 II. In questa norma si fa già sentire l'influsso dell'evoluzione del diritto assicurativo che ha abbandonato il principio di casualità. E' infatti solo in omaggio a questa nuova tendenza che la commissione del Consiglio degli Stati ha innestato il disposto nel progetto di legge, quando il progetto Roelli era già passato al vaglio delle discussioni delle varie commissioni e sottocommissioni, ed era già stato discusso alle Camere Federali (12). Nel progetto Roelli e nelle discussioni delle commissioni la colpa grave era considerata motivo per la completa liberazione dell'assicuratore, al pari dell'intenzione (13).

Il principio che mosse il legislatore ad accettare il disposto in questione nella legge è senza dubbio buono, perchè nella conformazione della vita moderna assai sentito è il bisogno, in molti rami d'assicurazione (tenuto conto della immutata personalità umana e delle cambiate circostanze che possono fare, più che nel passato, peccare di colpa grave l'assicurato), di far dividere le conseguenze della stessa fra le parti: la norma è da criticare in quanto fa dipendere la riduzione dal grado della colpa, ciò che è impossibile, in tutti i casi, senza eccezione, definire con sicurezza. Il disposto non ha certo giovato agli onesti rapporti tra assicurato e assicuratore, aprendo la via a innumerevoli litigi che con un diverso ordinamento avrebbero potuto essere evitati (14).

La norma si presta tanto più alla critica e tanto più si rileva l'inopportunità della stessa, in quanto non è che di diritto dispositivo. LCA 98 I. Dal momento che il legislatore lasciava all'arbitrio delle parti il convenire altro patto, non avrebbe dovuto fare legge di un principio di

(12) Vedi Progetto Roelli 1896 art. 17, Progetto 2 febbraio 1904 art. 15, e proposte della Commissione del Consiglio degli Stati dove l'articolo appare per la prima volta nel suo testo attuale.

(13) Tant'è vero che nel progetto Roelli 1896 l'intenzione non era nemmeno citata. Nei Motivi pag. 117, l'autore del Progetto giustifica l'omissione dell' intenzione come perfettamente logica, ammettendo la liberazione dell'assicuratore per colpa grave, anche quella per intenzione o dolo « a fortiori ».

(14) Si veggano le amare parole, a questo proposito, di Roelli, op. cit. pag. 225: « Die Bestimmung ..... ist wohl die bedenklichste Satzung im ganzen VVG ». « Eine derartige Norm öffnet den Streitigkeiten über den Verschuldungsgrad förmlich Tor und Tür ». Condividiamo appieno le opinioni di Roelli.

tanto poco affidamento per la soluzione pacifica delle divergenze di vedute.

c) L'assicuratore deve corrispondere per intero la prestazione pattuita nel caso in cui lo stipulante o l'avente diritto abbiano determinato il sinistro con colpa lieve. LCA 14 IV.

Si può discutere l'opportunità dell'aggiunta di questa norma all'articolo 14 (15). Infatti la stessa non viene certo a portare chiarezza al problema, ma serve a vieppiù complicarlo. Nel far ciò, il legislatore era mosso dal desiderio di voler radicare solidamente nella nostra legge il principio che abolisce quello superato della casualità, dando carattere imperativo al disposto. LCA 98 I. Senza questa intenzione del legislatore, la norma dell'art. 14 IV sarebbe stata assolutamente inutile, come osserva il Roelli (16), perchè le conseguenze previste dalla stessa risultano chiaramente e logicamente da quelle precedenti dell'art. 14 II e III.

Osserviamo poi che la norma, a carattere semi-imperativo, in quanto non è possibile altra pattuizione a svantaggio dell'assicurato, viene ad acquistare carattere assoluto-imperativo per la sua natura stessa: infatti non possiamo pensare che ad un cambiamento a sfavore dell'assicurato, essendo una mutazione della norma a sfavore dell'assicuratore impossibile.

Il carattere imperativo della norma soffre di un'eccezione nell'assicurazione trasporti: in questo ramo, in omaggio al principio dell'universalità dei rischi, che trova qui applicazione, è equo sia reso possibile alle parti una diversa pattuizione da quella contenuta nella legge (mutazione a favore dell'assicuratore). LCA 98 II.

II. **Il dovere d'umanità** (17). Le conseguenze modificanti o distruggenti la prestazione dell'assicuratore esaminate nel n° precedente, sono

(15) Anche questa norma non fu aggiunta che tardi, nell'ultima fase dell'evoluzione delle norme di colpevolezza nel nostro diritto, dalla Commissione del Consiglio degli Stati.

(16) Roelli, op. cit. pag. 234.

(17) La norma dell'art. 15 è peculiare al diritto svizzero, per ciò che riguarda la determinazione. La ritroviamo, nello stesso senso, anche presso l'aggravamento del rischio. LCA 32 cifra 3. Nel VVG germanico, per contro, non esiste che per l'aggravamento del rischio, § 26, ciò che ha condotto, nella dottrina tedesca, a controversie. Norma quasi identica alla nostra è prevista dal Progetto privato del Mossa, XVII lemma 2, dove, oltre al dovere d'umanità, è citata anche la gestione d'interessi comuni con l'assicuratore, ciò che d'altronde è ovvio e si deduce « a fortiori » anche dalla norma della nostra LCA.

annullate nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato volontariamente per adempiere un dovere d'umanità. LCA 15. Anche questo disposto venne aggiunto in una fase avanzata dell'evoluzione della nostra LCA (18).

Lo scopo a cui la norma speciale dell'art. 15 mira, nelle intenzioni del legislatore, va messo in relazione con quello dell'assicurazione che giustifica l'inclusione nella stessa, di rischi che non sempre furono coperti, come è il caso del sinistro cagionato da colpa lieve. Questo, di coprire anche il sinistro cagionato con atti che avevano come fine risultati a cui la natura umana è spinta da nobili sentimenti è, secondo Roelli (19), uno dei più distinti compiti dell'assicurazione moderna. L'assicurazione si erge, con questa norma, a protettrice di colui il quale sacrifica se stesso ed il proprio patrimonio per far sì che gli interessi altrui vengano, mediante la propria determinazione del sinistro, protetti e salvaguardati.

Presupposti della fattispecie contemplata dall'art. 15 LCA sono dunque una determinazione del sinistro come all'art. 14 e la circostanza che il motivo di questa determinazione sia stato un dovere d'umanità. La fattispecie è, esteriormente, affatto identica a quella fin qui discussa: solo un elemento di carattere prettamente interiore e psicologico viene a modificarne gli effetti. Potremmo anche dire che il dovere d'umanità viene a modificare un elemento facente parte della fattispecie della determinazione: per un processo puramente psicologico, lo stesso influisce sulla colpa dell'assicurato, la quale non può più essere considerata come tale (20). Per questa finzione viene a mancare il nesso causale tra la colpa e il sinistro, di modo che le conseguenze normali della determinazione

(18) Su proposta del presidente della Commissione del Consiglio degli Stati, on. Scherrer. Cfr. « Protokoll der Beratung der Ständeratkommission », pag. 7.

(19) Roelli mette in relazione lo scopo dell'assicurazione, oltre che con l'esistenza economica, anche con la vita colturale dell'uomo. Egli scrive a pag. 235, op. cit.: « Die werktätige Menschenhülfe kann sich im Zeitalter der Versicherung nicht mit Rettungsmedaillen und öffentlichen Belobigungen begnügen; sie fordert einen Ausgleich des materiellen Schadens, der sich an die Aufopferung für fremde Interessen knüpft ».

(20) In questo caso non possiamo infatti parlare di determinazione intenzionale, perchè l'intenzione dell'assicurato non era certo rivolta a determinare il sinistro, bensì a salvaguardare l'interesse del terzo. Il dovere d'umanità costituisce eccezione dell'assicurato in caso di colpa grave.

non possono più aver luogo. Ad ogni buon conto, il nesso causale presupposto delle conseguenze giuridiche dell'art. 14 LCA manca, indifferentemente dal fatto che noi vogliamo considerare la colpa come non esistente per il motivo d'umanità che consiglia l'assicurato a determinare il sinistro, oppure che il dovere d'umanità venga considerato come fattore neutralizzante la catena causale che dal contegno colposo dell'assicurato fa capo all'avverarsi del sinistro.

Il dovere d'umanità è dunque l'elemento caratteristico della fattispecie: esso fa capo a sentimenti umanitarî di solidarietà che spingono l'uomo, anche a costo di sacrificare interessi morali e materiali propri, ad agire o a comportarsi in maniera tale che gli interessi di terzi, minacciati da pericoli imminenti, provenienti da una sfera al di fuori di quella personale dell'assicurato, vengano protetti e salvati. Nel giudicare il dovere d'umanità, bisognerà esaminare i due momenti a cui lo stesso si ricollega: il momento interiore che costituisce il vero e proprio movente della determinazione, e il momento esteriore, vale a dire gli interessi dei terzi alla salvaguardia dei quali la determinazione dell'assicurato è rivolta.

Il momento interiore è sempre, per quel che riguarda il puro processo psicologico, assai difficile da analizzare. Ciò è però d'importanza minima, perchè lo stesso potrà essere giudicato dagli elementi esteriori che sono la conseguenza logica del processo psicologico. In particolare, questo processo dovrà sempre essere giudicato, quando ne sia data la possibilità, alla stregua di un sentimento d'umanità, anche quando altre possibilità, non collegantesi col medesimo, potrebbero essere date (21). Questo momento è da individuare, oltre che in un generale sentimento di umanità dipendente dalla sensibilità della natura dell'assicurato, anche in un'osservanza di doveri imposti dalla morale e dai costumi, ed anche in sen-

(21) Non si tratta qui che di un'applicazione, agli effetti civili, della norma generale di diritto penale « in dubio pro reo ». Così ad es. se un Tizio cerca di fermare nella via un cavallo infuriato che costituisce un pericolo per la gente che transita, la sua azione dovrà essere considerata come scaturiente dal dovere d'umanità, anche se quel tale, nella sua azione, non abbia minimamente pensato alla sicurezza pubblica, ma solamente a mostrare la sua bravura e il suo coraggio.

timenti che hanno le loro radici nei doveri imposti dalla carica, dal servizio o dalla professione.

Il momento esteriore, che è la logica conseguenza del processo psicologico movente dell'azione o del contegno dell'assicurato, deve essere giudicato in relazione agli interessi che da questo vogliono essere salvaguardati. Dal concetto dobbiamo escludere a priori tutti quegli interessi non coperti dallo stipulante, perchè in questo caso avremmo un abuso dell'assicurazione da parte dell'assicurato, il quale fa andare a carico dell'assicuratore rischi che lo stesso non ha minimamente coperti. A questo risultato noi giungiamo applicando il principio dedotto dagli art. 62 e segg. LCA, che trova generale applicazione nel diritto d'assicurazione e secondo il quale l'assicurazione non deve portare a nessun guadagno. Sono dunque interessi di terzi che entrano in considerazione nella fattispecie. Ovvia è poi l'applicazione della norma quando l'assicurato abbia determinato il sinistro con un contegno tendente a salvaguardare gli interessi dell'assicuratore: e questo per applicazione analoga del principio secondo il quale l'assicuratore è tenuto a risarcire le spese cagionate all'assicurato dal caso di salvataggio dopo il sinistro.

Gli interessi del terzo possono essere dati nella integrità della sua persona, oppure nell'integrità del suo patrimonio. Generalmente, secondo la dottrina, agli effetti dell'art. 15 LCA, indifferente è la distinzione succitata. Se possiamo senz'altro ammettere il presupposto del dovere di umanità quando si tratti di interessi riguardanti la protezione dell'integrità personale di un terzo, non altrettanto naturale ci appare l'ammettere lo stesso nel caso di una determinazione tendente a proteggere il suo patrimonio. Qui la questione dovrà essere giudicata nel singolo caso: in generale però, è da ritenersi arbitrario il contegno dell'assicurato che sacrifica il proprio interesse per salvaguardare quello patrimoniale di un terzo: perchè in questo caso il danno cagionato dallo stesso non va a suo carico, bensì a carico dell'assicuratore, il quale potrebbe così essere abbandonato alla mercè della magnanimità dell'assicurato. Costui potrebbe anche essere magnanimo pensando che, economicamente, non sarà lui che ne farà le spese, ma che, per contro, il suo svantaggio sarà neu-

tralizzato dall'assicurazione. Il fatto che nella pratica l'agire umanamente è cosa assai bella quando si possa fare a spese altrui, deve essere considerato anche nel nostro caso, ed il dovere d'umanità non deve portare a risultati che metterebbero l'assicuratore su un piede d'assoluta inferiorità nei confronti dell'assicurato.

Il contegno dell'assicurato, per la definizione stessa di dovere d'umanità (sentimenti naturali dell'uomo che sono impulso per la salvaguardia di interessi di terzi) si risolve quasi sempre, in pratica, nelle cosidette azioni di salvataggio: le azioni tendenti a salvare la vita di un terzo in pericolo di morte, nelle più svariate forme, costituiscono l'esempio per eccellenza.

Dobbiamo poi osservare ancora, che non soltanto un atto dell'assicurato, ma anche un'omissione o un tollerare dello stesso entrano in considerazione per la fattispecie dell'art. 15, come del resto abbiamo già visto, in ogni caso della determinazione (*22*).

III. **Le deroghe all'ordinamento della LCA.** L'ordinamento della LCA riguardo agli effetti della determinazione del sinistro contenuto nell'art. 14 soffre, oltre che della già vista limitazione imperativa contenuta nella legge stessa della determinazione in omaggio a un dovere d'umanità, di altre eccezioni contrattuali oppure legali.

A. **Deroghe contrattuali.** Le deroghe pattuite dalle parti e contenute nelle condizioni d'assicurazione, parte essenziale del contratto, hanno la loro ragione d'essere nel fatto che le norme dell'art. 14 I, II, III contengono diritto dispositivo. La libertà contrattuale va intesa nel senso normale datole dal diritto comune: essa deve sottostare alle limitazioni previste dal diritto generale sul contratto. Queste limitazioni sono l'illiceità CO 20 I, l'ordine pubblico, i buoni costumi e il diritto inerente alla personalità. CO 19 II e CCS 27.

(22) Cfr. § 4 I del lavoro. Del resto, anche Roelli, negatore della teoria che ammette l'omissione come causale per la determinazione del sinistro, cita, a questo proposito, un esempio che avvalora la stessa: il medico sofferente d'infiammazione del collo si lascia abbracciare da una puerpera morente, alla quale sta cambiando di letto, e muore in seguito all'infezione. In questo caso l'infezione, e quindi la morte, deve essere messa in rapporto causale più con il fatto di essersi lasciato abbracciare, che con l'atto del dottore di cambiarla di letto. Roelli, op. cit. pag. 236.

Nella pratica assicurativa delle società private, per lo più in conseguenza di considerazioni economiche tendenti a conquistare il mercato ed a sostenere la concorrenza, si sono andati man mano formando usi, espressi nelle condizioni, che mutano il contenuto delle norme dispositive di colpevolezza, quasi sempre a favore dell'assicurato.

Vogliamo considerare alcuni di questi casi pratici che, nella moderna assicurazione, sono diventati di portata generale.

1. Nel ramo vita è assai frequente il caso della copertura del suicidio, che nella nostra legge dovrebbe essere considerato alla stregua del sinistro cagionato intenzionalmente dallo stipulante o dall'avente diritto. LCA 14 I. Cionondimeno, questa clausola del contratto assicurazione vita è mitigata da un periodo di carenza (23) variante da uno a cinque anni: in Isvizzera comporta di solito tre anni.

Nella letteratura, discutendo l'ammissibilità della copertura del suicidio da parte dell'assicurazione, si rivelò la controversia tra coloro che ritenevano questa pattuizione come contraria ai buoni costumi, e quelli che vedevano nella stessa un patto normale che copre un sinistro normale e niente ha a che fare con i buoni costumi. La controversia deve essere risolta, secondo noi, ammettendo la possibilità della copertura del suicidio nell'assicurazione in caso di morte e l'uso delle società d'assicurazione deve essere considerato perfettamente lecito. Non possiamo, in questa sede, discutere più ampiamente il problema, del resto già diffusamente trattato nella dottrina (24), ma teniamo a brevemente mettere in luce la liceità dela pattuizione in questione.

Il patto che fa coprire, all'assicuratore, il caso del suicidio, dovrebbe ledere il buon costume in quanto tende a incoraggiare l'assicurato ad un'azione in urto stridente con le regole del vivere civile: questo è, « grosso modo », l'argomento portato da coloro che vole-

(23) Di solito, il suicidio viene coperto anche prima dello scadere del periodo di carenza, quando l'assicurato abbia commesso l'atto insano in uno stato d'irresponsabilità: questo stato, praticamente, è quasi sempre da ricollegarsi ad una malattia mentale della persona assicurata o ad un contrasto di passioni cui essa non poteva resistere. Cfr. una sentenza del Tribunale d'Appello del Cantone Ticino del 27 marzo 1939 in RGP 1939, pag. 374.

(24) Cfr. ad es. Guyer, « Die Wirkungen der Selbsttötung auf dem Lebensversicherungsvertrage » e le note ad una sentenza italiana di Lordi nella RDC Vol. XXXII, parte II, pag. 82 e di Altavilla in Assicurazioni, anno I, parte II, pag. 1.

vano negare l'ammissibilità del patto. Ma nella pattuizione, nessun assicurato ha mai sentito incoraggiamento a suicidarsi, per far sì che l'assicuratore paghi.... ad altri la somma assicurata. In contrasto con l'affermazione di più sopra sta l'istinto di conservazione della stirpe umana: per quanto una somma di denaro può parere cosa assai bella, nessuno vorrebbe acquistarla a prezzo della propria vita, per il fatto che non gli sarà dato godere della stessa. Per arrivare a tal punto, dobbiamo essere in presenza di un tipo esageratamente altruista che dà la propria vita per creare ad altre persone la prosaica comodità di una somma di denaro: questo tipo, che fa a pugni coll'uomo tipicamente edonista, dovrebbe essere considerato come gravemente anormale e potrebbe anche altrimenti, prescindendo dal patto dell'assicurazione vita, scuotere le regole normali della convivenza sociale. In sostanza, l'uomo normale si suicida per cause molto più gravi e profonde che non sia quella di dare la possibilità al beneficiario di riscuotere la somma assicurata: onde il patto non può essere considerato come incoraggiamento al suicidio e quindi come ledente i buoni costumi.

Analogamente a quanto detto per l'assicurazione-vita, nella assicurazione-infortuni vengono, da alcune compagnie, coperti gli infortuni cagionati da colpa grave od anche dall'intenzione dell'assicurato. Quanto detto per il suicidio può ripetersi in questo caso: l'ammissibilità della condizione non è qui però senz'altro risolta. La condizione può anche essere interpretata nel senso che sia contraria ai buoni costumi: il carattere a volte esageratamente edonista dell'assicurato può spingere lo stesso a cagionare intenzionalmente l'infortunio che gli permetterà di godere dell'indennità d'invalidità. La clausola non è però così frequente e deve essere, a nostro avviso, lasciata alla libertà contrattuale delle parti.

2. Nell'assicurazione-incendio, frequente è la clausola che copre la determinazione dolosa dell'incendio a favore del creditore ipotecario o, comunque, di altro interessato a senso dei diritti reali (25). La copertura

(25) Questa clausola è fatta norma legislativa da quasi tutte le leggi pubbliche cantonali regolanti l'assicurazione incendio, nei cantoni dove il ramo è privativa dello stato. Cfr. per un es. il § 13 del « Zurcherisches Brandversicherungsgesetz ». Queste norme a favore del creditore reale sono espressamente riservate dall'art. 58 LCA.

del creditore ipotecario ha peraltro natura accessoria: questi potrà rivolgersi all'assicuratore, il quale sarà tenuto a sua volta alla prestazione, solo nel caso in cui il suo credito non sia stato soddisfatto dal restante patrimonio dell'assicurato.

Questa clausola va messa in rapporto con il principio generale della surrogazione sancito per il diritto d'assicurazione dall'art. 57 LCA, secondo il quale il surrogato subentra al posto della cosa: « pretium succedit in locum rei ». Così, se la cosa oggetto d'assicurazione perisce in seguito al sinistro, nel rapporto tra il creditore e il debitore (pignorante e pignorato) subentra il diritto che l'assicurato (debitore) ha verso l'assicuratore o, se questo è già stato estinto con il pagamento dell'indennità, gli eventuali pezzi di ricambio ai quali l'assicurato ha già provveduto. Questa peculiarità ha fatto ritenere, nella dottrina, che si possa trattare di una assicurazione incendio per conto altrui, e cioè per conto del creditore ipotecario (26).

La clausola ha la sua ragion d'essere in circostanze che prescindono dai rapporti tra le due parti del contratto. Nata dapprima nel diritto pubblico cantonale, fa sì che terzi in buona fede, non parti del contratto ma solo interessati allo stesso, non vengano pregiudicati nei loro legittimi interessi dalla malafede o dal contegno colposo dell'assicurato. È, questo, uno dei nobili compiti che l'assicurazione si assume volontariamente.

3. In tutti i rami si è cercato, con clausole diverse, di eliminare le conseguenze disastrose, che dànno adito a liti interminabili, della norma dell'art. 14 II. Dopo la difficoltà rilevante di stabilire se la colpa sia semplice oppure grave, un'altra difficoltà si presenta alle parti, per l'accordo bonale, oppure al giudice per poter emettere il giudizio (27).

Le parti (o per lo meno l'assicuratore), consce della difficoltà, cercano di eliminarla da bel principio, accogliendo nel contratto una condizione che possa permetter la liquidazione del danno senza che il grado della colpa dell'assicurato debba venire accertato. Questa clausola è

(26) Cfr. Ostertag-Hiestand, op. cit. pag. 171 nota (4) all'art. 57 LCA.
(27) Vedi N° I b) del presente §.

redatta secondo tre diversi principî, varianti a seconda del ramo e secondo la forza economica della compagnia d'assicurazione.

a) Il criterio della riduzione della prestazione dell'assicuratore è mantenuto, ma da variabile secondo il grado della colpa qual'è nella legge, viene circoscritto entro limiti fissi, determinati in percentuale. Di solito viene risarcito il 50% del danno. RUA V N° 93.

b) Abbandonato il criterio della riduzione, l'assicuratore può pattuire l'intera sua prestazione anche nel caso in cui il sinistro sia stato determinato da colpa grave. Ciò accade però assai raramente, eccezion fatta per l'assicurazione contro la responsabilità civile. Qui, la clausola che assicura anche il sinistro cagionato da colpa grave, è giustificata dalla funzione economica della assicurazione responsabilità civile, la quale, oltre proteggere l'assicurato, tende anche a proteggere il terzo danneggiato, al risarcimento del quale è intesa l'assicurazione responsabilità civile (28). La clausola è pure ammessa, in deroga alla norma del CO 100, dalla giurisprudenza del Tribunale Federale, anche astrazion fatta del principio adottato dalla legge speciale sul contratto d'assicurazione che fa della norma 14 II una norma di diritto dispositivo. Per alcune specie dell'assicurazione responsabilità civile, la clausola non è affatto necessaria: la deroga è prevista dalla natura stessa del ramo, che non permette d'opporre l'art. 14 II. La deroga però, sia pure tacita, esiste, e non si può affermare, come fa il tribunale cantonale di Vaud, che « l'applicazione dell'art. 14 LCA è da escludersi nel caso in cui si tratti di un'assicurazione contro la responsabilità civile ». RUA V N° 293 c). L'errore di questo tribunale va intravvisto nel fatto che lo stesso, volendo motivare un giudizio, che per la fattispecie è da ritenersi giusto, ha voluto generalizzare con un'affermazione che agli effetti della dottrina non regge: l'art. 14 LCA deve essere applicato anche all'assicurazione responsabilità civile come agli altri rami. RUA VI N° 292 b) e VII N° 69 a).

D'altra parte, se pur non possiamo fare un'eccezione per l'assicurazione responsabilità civile, riconosciuto è il bisogno d'una applicazione

---

(28) Cfr. Guhl, op. cit. II edizione, II volume, pag. 520 b).

restrittiva alla stessa dell'art. 14 II, per il fatto che questa norma è a sfavore del terzo danneggiato. RUA V N° 76 b).

c) Più spesso l'assicuratore pone nelle condizioni la clausola che lo libera anche in caso di colpa grave dell'assicurato. Questa è anche la soluzione prevista dalla legge germanica (§ 61) e che anche il Progetto Roelli 1896, art. 17, prevedeva. Vedi anche RUA III N° 107 e IV N° 76.

B. **L'ordinamento della LFC.** Secondo la LFC, l'assicurazione obbligatoria contro la responsabilità civile dell'automobilista deve coprire anche, a favore del terzo danneggiato, quei danni che fossero stati cagionati dalla colpa grave o anche dall'intenzione dell'assicurato: il regolamento dell'art. 14 LCA è, nel caso dell'assicurazione della responsabilità civile dell'automobilista, — almeno nei rapporti tra parte lesa ed assicuratore — completamente eliminato, per lasciar posto all'ordinamento speciale della nuova legge (29). Secondo l'art. 50 LFC infatti, non sono opponibili alla parte lesa le eccezioni derivanti dal contratto d'assicurazione e dalla LCA che avessero per effetto di ridurre o di sopprimere il risarcimento del danno. Per « eccezioni » non devonsi intendere solamente quelle del diritto procedurale, ma ogni e qualsiasi obbiezione che avesse per effetto di diminuire o togliere la copertura (30). Tra le eccezioni derivanti dalla LCA, dobbiamo contare anche quella della determinazione dolosa e gravemente colposa del sinistro: l'assicuratore deve, in tal caso, risarcire i danni fino all'ammontare massimo della somma assicurata. La parte lesa non può quindi, in quanto faccia valere l'azione diretta concessagli dall'articolo 49 I LFC, essere annoverata tra gli « aventi diritto » dell'art. 14 LCA (31).

La deroga al principio dell'art. 14 LCA potrebbe anche desumersi logicamente dalle norme regolanti la responsabilità dell'automobilista (LFC 37 e segg.) e da quelle regolanti l'assicurazione obbligatoria della

---

(29) Cfr. Guhl, op. cit. II edizione, II volume, pag. 525.

(30) Cfr. Strebel, op. cit. pag. 784, dove sono citate le parole del relatore di lingua tedesca al Consiglio Nazionale: « Mit dem Ausdruck Einreden wollen wir überhaupt alles umfassen, was eventuell dazu führen sollte, eine Einschränkung oder Verkürzung der Schadensvergütung zu bewirken ».

(31) Cfr. Strebel, op. cit. pag. 788 cifra 4.

stessa (LFC 48 e segg.). Infatti, il legislatore impone al detentore dell'autoveicolo (32) la conclusione di un'assicurazione sulla responsabilità civile (LFC 48 I) che secondo il contenuto e l'estensione deve attenersi alle norme regolanti la responsabilità del detentore. Questa responsabilità è causale, dipendente cioè dal fatto di condurre un autoveicolo, e giustificato dalla circostanza che questo fatto costituisce un pericolo per il traffico. Il detentore deve rispondere anche dei danni che egli ha cagionato senza propria colpa: a maggior ragione dovrà rispondere anche di quelli che egli ha determinato con la propria colpa. Lo scopo di quest'assicurazione fa sì che la stessa copra integralmente la responsabilità del detentore, onde anche questi danni, che secondo i principî del comune diritto d'assicurazione non lo sarebbero, vengono coperti. In questo senso la legge prevede, per quel che riguarda la colpa, una diversa estensione del rischio che l'assicuratore deve assumere.

Il legislatore non ha fatto altro che prendere il concetto che, a poco a poco, si faceva valere nella comune assicurazione contro la responsabilità civile (33), ampliarlo (estendendolo non solo alla colpa grave, ma anche all'intenzione), e, oltre che permetterne la pattuizione, dargli una forza legislativa (34).

La giustificazione di questo contegno del legislatore va anche qui ricercata nella funzione economica della assicurazione responsabilità civile, che è quella di proteggere sì il patrimonio dell'assicurato, ma in ultima analisi, anche quella di proteggere il terzo danneggiato, da una eventuale impossibilità del responsabile di far fronte ai proprî impegni. In fondo, lo stesso motivo che ha fatto sì che il legislatore, in questo campo, abbandonasse il principio della responsabilità aquiliana per abbracciare quello della responsabilità causale; che ha reso obbligatoria l'assicurazione; che ha dato un'azione diretta nei confronti dell'assicura-

---

(32) Non è nostro compito chiarire i concetti che vengono usati dalla LFC: il nostro lavoro tratta soltanto di straforo la questione dell'assicurazione del detentore dell'autoveicolo, in quanto questa tocchi il tema dello stesso; e deve perciò limitarsi ad usare questi concetti quali essi sono. Sugli stessi esiste però già una copiosissima bibliografia.

(33) Cfr. III, A, 3 b) di questo §.

(34) Non così prima dell'entrata in vigore della LFC e nel dominio del Regolamento intercantonale del 7 aprile 1914, nel quale la natura del contratto restava prettamente privata ed era salvaguardata l'applicazione dell'art. 14 LCA. Cfr. RUA V N° 98.

tore al terzo danneggiato, — un motivo che esorbita dal comune diritto contrattuale privato e che va piuttosto ricercato nell'ordine pubblico, — ha pure fatto sì che l'assicuratore dovesse coprire anche i danni cagionati intenzionalmente dall'assicurato.

In sostanza abbiamo qui la tendenza del legislatore a cercare la persona solvibile che copra i danni della strada, e fa sì che il danneggiato non abbia a soffrirne economicamente, anche quando il responsabile è insolvibile oppure nel caso in cui non è dato appurare alcuna responsabilità. E questo è un altro dei distinti compiti dell'assicurazione: rappresentare il « deus ex machina » che, in rapporti oltremodo difficili e complicati, viene a districare la matassa e ad appianare circostanze e fatti che senza la sua presenza non sarebbe stato facile appianare.

Anche se l'assicuratore ha un diritto di regresso verso l'assicurato per non aver potuto opporre l'eccezione della colpa grave oppure dell'intenzione, LFC 50 II, ciò corrisponde pienamente all'equità e non impedisce affatto che l'assicurazione abbia svolto il suo compito.

§ 10. Determinazione di persone ausiliarie.

I. **La fattispecie e gli effetti della stessa.** Nella fattispecie contemplata dall'art. 14 III, abbiamo gli stessi elementi come in quella discussa nel § precedente; il sinistro, la determinazione dello stesso avente per conseguenza un danno od un bisogno dello stipulante o dell'avente diritto, la colpa ed il nesso causale tra la colpa ed il sinistro.

Da un punto di vista esteriore, il risultato della fattispecie si riduce a un danno o ad un bisogno dello stipulante o dell'avente diritto come nel caso precedente. Per quel che riguarda l'elemento sinistro, apparizione di fatto, abbiamo gli stessi rapporti: questi mutano per quel che si riferisce agli altri elementi.

Infatti la determinazione non ha origine dal contegno dell'assicurato, bensì da quello di un terzo compreso sotto la denominazione generale di persona ausiliaria (35). Questo terzo viene ad assumere, nella

(35) Si suole denominare così, nella dottrina, il terzo che determina il sinistro a norma dell'art. 14 III. Il termine non è appropriato, perchè, come vedremo più avanti, questo terzo non deve necessariamente essere una persona ausiliaria dell'assicurato.

fattispecie, la medesima parte che l'assicurato aveva nella fattispecie del § precedente. Tutte le considerazioni fatte a quel proposito devono essere richiamate e trovano applicazione in questo caso, colla variante che qui non si tratta più dell'assicurato ma del terzo. In ispecial modo, quanto è stato detto sul nesso causale in generale e per il caso della determinazione dell'assicurato trova applicazione ai rapporti tra la colpa della persona ausiliaria e il sinistro.

Per quel che riguarda la colpa, due specie della stessa sono qui da distinguere: la colpa della persona ausiliaria che ha avuto come conseguenza l'avverarsi del sinistro e che può essere nella sua natura equiparata a quella dell'assicurato nel caso precedente, e quella dell'assicurato « in eligendo et custodiendo ». Questa colpa serve da ponte di congiunzione tra la determinazione del terzo e la persona dell'assicurato agli effetti del contratto d'assicurazione. Infatti, non esisterebbe motivo per far influire il contegno della persona ausiliaria sulla prestazione dell'assicuratore, pensata a vantaggio dell'assicurato, se questa colpa indiretta dell'assicurato non facesse sì che costui sia messo in relazione con il contegno colposo della persona ausiliaria: altrimenti questa determinazione dovrebbe essere considerata alla stregua della determinazione di un terzo qualsiasi che non ha nessuna conseguenza tangibile per l'assicurato e deve essere risolta tra il terzo e l'assicuratore a tenore degli art. 72 LCA, e 51 CO.

Per quanto riguarda gli effettivi previsti dalla legge per questa fattispecie, possiamo distinguere due casi:

a) L'assicuratore ha diritto a ridurre la sua prestazione in una proporzione corrispondente al grado della colpa dell'assicurato, quando la persona ausiliaria abbia determinato il sinistro, intenzionalmente oppure con colpa grave, e l'assicurato si sia reso gravemente colpevole « in eligendo, custodiendo et instruendo ». LCA 14 III. Le considerazioni fatte a proposito degli effetti del caso in cui il sinistro sia stato cagionato da colpa grave dell'assicurato (36), devono essere ripetute anche in questo caso, notando che gli inconvenienti di quella fattispecie si pre-

(36) Cfr. § 9 I b) del lavoro.

sentano qui in misura ancor maggiore: dobbiamo infatti accertare l'intenzione o la colpa grave della persona ausiliaria, la colpa grave « in eligendo et custodiendo » (ciò che è ancor più difficile dell'accertamento di una colpa diretta) e, per di più, anche il grado della stessa.

L'intenzione dell'assicurato « in eligendo et custodiendo » non va giudicata a' sensi dell'art. 14 III, bensì secondo la norma 14 I e produce gli stessi effetti come l'intenzione dell'assicurato nella determinazione. RUA III N° 105 b).

b) L'assicuratore è tenuto all'intera prestazione (la fattispecie non produce quindi nessun effetto ai sensi della prestazione dell'assicuratore) nel caso in cui l'assicurato si sia lievemente reso colpevole « in eligendo et custodiendo » o comunque nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato da colpa lieve di una persona ausiliaria.

Abbiamo qui al tempo stesso una conferma del principio della propria colpevolezza, in quanto la legge considera la colpa lieve dell'assicurato come determinante la integrale prestazione dell'assicuratore, e una eccezione a questo stesso principio, nel fatto che la colpa lieve della persona ausiliaria fa pure stato perchè l'assicuratore sia tenuto all'intera prestazione: la deroga al principio potrebbe essere data nel caso in cui la colpa lieve della terza persona sia in concorrenza con la colpa grave dell'assicurato. I motivi di questa deroga sono ormai conosciuti (37), e non fa d'uopo spendere altre parole a questo riguardo.

II. **Concetto di persona ausiliaria.** La responsabilità dell'assicurato per terzi è circostritta, oltre che dalla colpa di questo, come abbiamo già visto, anche dal concetto di persona ausiliaria contenuto nella nostra legge. Infatti l'assicurato, dato il presupposto della propria colpa nella scelta, nella vigilanza e nell'istruzione della persona ausiliaria, non risponde del contegno colposo di tutti i terzi indistintamente (per certe categorie dei quali, d'altronde, non è nemmeno pensabile una « culpa in eligendo et custodiendo »), bensì solo di quello delle persone previste dall'art. 14 III LCA.

(37) Vedi § 8 I del lavoro.

Di queste persone distinguiamo due categorie:

a) **I familiari.** Secondo la legge, sono persone che vivono nella stessa comunità domestica dell'assicurato. Il presupposto della comunità domestica va interpretato nel senso che la terza persona ha, in comunione con l'assicurato, l'abitazione e che la stessa prende i proprî pasti, di regola, con lo stipulante o l'avente diritto.

Altro presupposto perchè il terzo venga considerato familiare, è che l'assicurato abbia la potestà domestica sullo stesso.

Da quanto detto emerge chiaramente che il concetto di familiare è, contrariamente a quanto detto in relazione al suo contegno (38), nei confronti dell'art. 333 CCS, ampliato: infatti, a tenore dell'art. 14 III LCA. vanno considerati come familiari anche persone non appartenenti alla famiglia, corrispondentemente allo scopo che la norma si propone (39). Così vanno considerati come familiari, secondo le circostanze, anche messi, famigli, apprendisti, e persino pensionanti, compagni, invitati che contemporaneamente vivono in comune con l'assicurato, e per i quali, una mancanza da parte dell'assicurato nell'istruzione o nel metterli al corrente su date circostanze, può essere di grande importanza agli effetti dell'assicurazione (40).

In particolare è da escludere dal concetto di familiare, per quanto detto precedentemente, il locatario il quale non vive nella stessa comunità domestica pur potendo avere, secondo le circostanze, la medesima abitazione, e sul quale l'assicurato non ha nessuna potestà domestica. RUA V N° 172 a).

b) **Persone per il contegno delle quali l'assicurato deve rispondere.** Queste persone vanno definite secondo il diritto comune: la responsabilità dell'assicurato per queste persone deve esistere indipendentemente dal contratto d'assicurazione e dalla norma 14 III LCA. Questa norma va interpretata nel senso di norma speciale che modifica

(38) Cfr. § 8 II del lavoro.
(39) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 203.
(40) Si pensi solo ad un caso pratico: l'assicurato di città che tralascia di impartire istruzioni all'invitato di campagna, ignorante in materia, sull'uso di certi congegni, o macchine, o mezzi moderni (apparecchi elettrici, del gas ecc.), quali sono dati di vedere solo in abitazioni cittadine, e il cui uso erroneo potrebbe facilmente causare il sinistro (incendio, morte per asfissia, ecc.).

la natura della responsabilità dell'assicurato, in quanto prevede una colpa dello stesso, ciò che non sempre fa il diritto comune. A questa categoria di persone ausiliarie nel senso stretto della parola appartengono:

1. Rappresentanti legali (tutore, curatore) e rappresentante contrattuale a senso degli art. 32 e segg. CO. persone per le quali non è data, come abiam visto, una responsabilità causale dell'assicurato.

2. Altre persone ausiliarie (impiegati, operai) che vanno definite a senso dell'art. 55 CO, persone dunque occupate nell'esercizio degli affari dell'assicurato.

Le persone che non rientrano nelle due categorie che abbiamo testè riferite, non fanno responsabile l'assicurato: la loro determinazione non va giudicata nell'ambito dell'art. 14 LCA: ma ad essa vanno applicati principî che non rientrano nel quadro del nostro lavoro.

III. **Deroghe al principio della LCA.** Anche per quanto riguarda la determinazione di persone ausiliarie sono possibili deroghe contrattuali al principio della LCA, in quanto queste non tocchino la norma di diritto imperativo dell'art. 14 IV. Infatti non è dato pattuire una esclusione degli effetti di legge, quando o l'assicurato, o la persona ausiliaria si siano, nella determinazione, resi lievemente colpevoli (41). Per quanto riguarda l'art. 14 III, sono possibili le più variate convenzioni delle parti: ammissione di una responsabilità dell'assicurato anche senza colpa, esclusione della stessa anche in caso di colpa della persona ausiliaria, ecc.

Di tale facoltà le parti fanno assai raramente uso e la convenzione è quasi sempre diretta all'esclusione del principio secondo il quale la prestazione va ridotta in proporzione al grado della colpa dell'assicurato.

(41) A questo proposito, vedi le più esaurienti esposizioni del § 14 II del lavoro.

§ 11. B) SULLA SORTE GIURIDICA DEL CONTRATTO.

Sia che accettiamo la teoria dell'interesse economico come oggetto del contratto d'assicurazione (42) sia che accettiamo quell'altra più recente che fa del bene assicurabile l'oggetto dello stesso (43), dobbiamo distinguere, agli effetti del contratto, i danni totali e i danni parziali, a seconda che le conseguenze del sinistro abbiano distrutto oppure solamente danneggiato l'interesse economico, secondo la prima teoria, oppure il bene assicurabile, secondo l'altra.

Nella determinazione del sinistro, la sorte giuridica del contratto va giudicata a seconda che il danno provocato dalla determinazione stessa sia stato totale oppure parziale.

1. **Il danno totale.** Dobbiamo premettere che le conseguenze del danno totale non sono peculiari alla determinazione del sinistro, ma vanno ammesse anche nel caso in cui il sinistro si sia avverato naturalmente, e sia da considerarsi come realizzazione del rischio assunto dall'assicuratore: ciò per considerazioni di ordine materiale che vedremo in seguito.

Per poter capire l'influsso di un danno totale sulla sorte giuridica del contratto, dobbiamo por mente alla sua struttura giuridica. Il contratto d'assicurazione presuppone un oggetto (bene assicurabile oppure interesse economico) sul quale minacci un rischio che possa, realizzandosi, distruggerlo o danneggiarlo. Questo rischio è un elemento « sine qua non » del contratto d'assicurazione: poichè le parti addivengono, in sostanza, al patto col quale il rischio, che grava sull'assicurato, viene assunto dall'assicuratore contro il pagamento dei premi. Quest'assunzione del rischio, continua, che fa del contratto d'assicurazione un contratto di durata, è dunque la prestazione dell'assicuratore.

Ma il danno totale distrugge, come abbiam visto, l'oggetto dell'assi-

(42) Teoria che sta alla base della nostra legge e secondo la quale si può suddividere la assicurazione in due gruppi: assicurazione contro i danni e assicurazione delle persone. LCA 48.

(43) Questa teoria, più recente, permette di suddividere l'assicurazione in: assicurazione di cose — assicurazione di persone — assicurazione patrimoniale. Essa ha il vantaggio di lasciar assoggettare in una di queste tre categorie (assicurazione patrimoniale) l'assicurazione responsabile civile, ciò che non avveniva senza sforzo con la teoria dell'interesse economico. Cfr. il lavoro d'abilitazione di König, « Gegenstand der Versicherung ecc. », quaderno N° 63 della raccolta « Abhandlungen zum schweizerischen Recht ».

curazione: il rischio, nozione in intima connessione con l'oggetto del contratto, che all'esistenza di questo deve la sua, viene a mancare, perchè realizzandosi non costituisce più rischio. L'assicuratore, che fino a questo momento aveva adempito la sua prestazione, non è più in grado di farlo, perchè è impossibile assumere un rischio che non esiste.

A questo punto devono cessare le considerazioni di diritto prettamente assicurativo per lasciare il posto a quelle di diritto comune.

Abbiamo, in sostanza, un contratto nel quale la prestazione di una parte, l'assicuratore, è divenuta impossibile. Secondo il diritto generale delle obbligazioni, l'impossibilità dell'adempimento di un'obbligazione per circostanze non imputabili al debitore (ciò che si verifica nella nostra fattispecie, in cui l'impossibilità dell'adempimento non è imputabile all'assicuratore nè nel caso normale, nè in quello della determinazione), estingue la stessa. CO 119 I. Il contratto d'assicurazione va dunque ritenuto estinto nel momento in cui l'interesse economico o il bene assicurabile è stato completamente distrutto dalle conseguenze danneggianti del sinistro.

II. **Il danno parziale.** La fattispecie considerata sub II è quella nella quale le conseguenze lesive del sinistro non abbiano distrutto l'oggetto del contratto, ma l'abbiamo soltanto danneggiato, di modo che lo stesso esiste ancora sempre, seppure minorato nella sua integrità. Con esso esiste anche il rischio che il sinistro possa ripetersi, cagionando un ulteriore danno parziale, oppure un danno totale. Ciò non è possibile che in alcuni singoli rami: assicurazione responsabilità civile, assicurazione contro i danni, secondo i casi nell'assicurazione infortuni e nell'assicurazione malattie. Per altri rami, dove il sinistro appare come figura unica non possibile di ripetersi (nell'assicurazione in caso di morte, o di sopravvivenza per es.) le conseguenze di questo n' non devono valere.

Vedremo quale influsso può avere la determinazione del sinistro, in caso di danno parziale, sull'esistenza del contratto d'assicurazione.

a) Nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato intenzionalmente dallo stipulante o dall'avente diritto, la legge prevede una risoluzione

unilaterale del contratto. LCA 25 (44). La citazione dell'art. 14 I nella norma dell'art. 25 I, da taluni criticata (45), fu materia di controversia anche nel seno della commissione degli esperti: alcuni ritenevano che il contratto, nel caso di determinazione del sinistro che non avesse distrutto l'oggetto dello stesso, dovesse continuare ad esistere e che unica sanzione da ricollegare alla determinazione, fosse quella della liberazione dell'assicuratore o della riduzione della sua prestazione (46). Altri, tra i quali Roelli, erano dell'opinione che, in relazione alle sanzioni riferentisi alla prestazione dell'assicuratore, il contratto non dovesse continuare ad esistere: in caso contrario l'assicuratore avrebbe dovuto corrispondere l'indennità o la somma assicurata per intero (47). Prevalse l'opinione di Roelli per quanto riguarda la determinazione intenzionale. Il motivo di questa norma deve intravedersi nel fatto che l'assicuratore ha certamente un interesse a svincolarsi da un contratto nel quale la controparte ha agito in malafede: la norma va considerata come tutelante l'assicuratore e in questo senso va interpretata.

b) Nei casi in cui il danno parziale sia dovuto a determinazione dipendente da altre gradazioni di colpa, non vale diritto speciale per il sinistro cagionato da colpa, ma sono riservate le norme che si riferiscono ai danni parziali in generale. LCA 42. Secondo questo articolo, tanto l'assicuratore quanto l'assicurato hanno diritto di recedere dal contratto al più tardi al pagamento della indennità.

Con riguardo ai comuni rapporti, la nostra legge prevede, nel caso del recesso dell'assicuratore, un'ulteriore sopportazione del rischio per 14 giorni dopo la notificazione del recesso. LCA 42 in principio.

III. **La restituzione dei premi.** Una questione in istretta relazione coll'esistenza del contratto d'assicurazione, è quella di un'eventuale restitu-

(44) La norma, grazie al termine « segnatamente », ha carattere esemplificativo. È riservata al giudice la fissazione di altri casi nei quali può essere ammessa la risoluzione unilaterale del contratto.

(45) Cfr. Ostertag-Hiestand, op. cit. pag. 26 nota (1) e pag. 100, nota (1).

(46) Prof. Rehfous in « Protokoll der Verhandlungen der Expertenkommission » pag. 19. Cfr. anche « Protokoll der juristischen Subkommission » pag. 24.

(47) Prof. Roelli in « Protokoll der verhandlungen der Expertenkommission » pag. 19. Roelli aveva già espresso la sua opinione in questo senso nel suo progetto, facendo il contratto come non vincolante per l'assicuratore nel caso di determinazione intenzionale o per colpa lata. Cfr. Progetto Roelli 1896, art. 17 I.

zione dei premi già pagati alla risoluzione del contratto, per il periodo d'assicurazione in corso, o, ciò che avviene assai spesso nella pratica, per periodi futuri. Abbiamo in sostanza, un contratto bilaterale nel quale le prestazioni delle parti sono, giuridicamente, essenzialmente diverse: da una parte la prestazione astratta e continua dell'assicuratore consistente nell'assunzione del rischio e, dall'altra, la prestazione concreta e periodica dell'assicurato consistente nel pagamento dei premi. Equamente, prescindendo da un'eventuale colpa dello stipulante nella risoluzione del contratto, il premio dovuto all'assicuratore dovrebbe essere proporzionato al tempo nel quale questi ha sopportato il rischio. In altre parole, lo stipulante dovrebbe corrispondere il premio o una frazione di premio corrispondente alla frazione di periodo d'assicurazione nel quale l'assicuratore ha sopportato il rischio. Ma nella tecnica d'assicurazione questo principio porterebbe a risultati nocivi, per ragioni contabili e di traffico, al commercio dell'assicurazione. Di questo fatto tien conto la nostra legge che regola diversamente la restituzione dei premi anticipati per periodi posteriori alla risoluzione del contratto. Questo ordinamento tiene poi anche conto del motivo per il quale il contratto è stato risolto.

a) Tanto nel caso in cui il danno sia totale, quanto in quello in cui il danno parziale sia stato determinato intenzionalmente dallo stipulante o dall'avente diritto, la restituzione dei premi pagati in anticipo è regolata allo stesso modo. LCA 25 III. L'assicuratore ha diritto di ritenere il premio per il periodo d'assicurazione in corso: ciò va dedotto dal tenore dell'art. 25 III, e, oltre costituire una semplificazione dei rapporti tecnici e contabili dell'assicuratore, costituisce una ricompensa dello stesso che deve, per lo più inaspettatamente, rinunciare ad un contratto concluso per una durata più lunga.

Egli deve poi restituire almeno i tre quarti dei premi già pagati per periodi futuri: la norma non può essere cambiata da patti a sfavore dell'assicurato. Di fatto l'assicuratore potrà restituire una frazione superiore ai tre quarti, non mai inferiore.

La norma costituisce un compromesso conciliante le due tendenze che si facevano sentire nel seno della commissione degli esperti: una voleva che all'assicurato non fossero più restituiti i premi già pagati,

l'altra voleva che questi premi fossero restituiti integralmente dall'assicuratore (48).

Il motivo per cui l'assicuratore ha diritto di ritenere un quarto dei premi già pagati per periodi futuri, è lo stesso (a parte le considerazioni di tecnica assicurativa) che gli permette di non restituire il premio per il periodo d'assicurazione in corso.

b) Per il caso del danno parziale cagionato da gradazioni di colpa dell'assicurato, ma non con intenzione, vale il diritto applicabile anche ai casi in cui il sinistro non sia stato determinato colposamente. La situazione è diversa a seconda che lo stipulante oppure l'assicuratore abbiano receduto dal contratto.

1. Se l'assicuratore recede dal contratto, dovrà rimborsare, oltre ai premi pagati anticipatamente per periodi futuri, anche la frazione di premio calcolata in base alla parte non trascorsa del periodo d'assicurazione (cioè a partire dal quattordicesimo giorno dopo la notificazione del recesso fino alla scadenza del periodo) e alla somma assicurata residua. LCA 42 II alla fine.

La legge ha fatto eccezione, con questa norma, al principio secondo il quale l'assicuratore non deve essere disturbato nei suoi rapporti di tecnica ordinaria: questa eccezione va spiegata dal fatto che è l'assicuratore stesso che recede dal contratto. Nel far questo passo, egli, che non può essere mosso da motivi gravi, doveva prevedere anche le conseguenze tecniche a cui il recesso avrebbe portato: se cionondimeno egli recede, vuol dire che assume su di sè le conseguenze note.

2. Nel caso in cui lo stipulante recede dal contratto, l'assicuratore ha diritto di ritenere il premio già pagato per il periodo in corso, deve però restituire quelli già pagati per periodi futuri. LCA 42 III. Qui, il principio secondo il quale l'assicuratore non deve venire intralciato in questioni di tecnica, si fa valere. Infatti è logico che all'assicuratore sia riconosciuto il diritto di conservare il premio, per il fatto che il contratto è stato risolto dalla volontà dell'assicurato: l'assicuratore non deve e non può assumere conseguenze che non aveva voluto e che forse non poteva nemmeno prevedere, almeno per quanto riguarda la determinazione. Corrispondente all'equità è la disposizione che riconosce all'assicurato il diritto di farsi restituire i premi già pagati per periodi futuri.

(48) Cfr. « Protokoll der Verhandlungen der Expertenkommission », pag. 19.

CAPITOLO IV

§ 12. L'ONERE DELLA PROVA.

1. **Il caso normale.** La questione dell'onere della prova è il punto scabroso, da un punto di vista pratico, di tutto il problema della determinazione.

Essa s'impernia sul principio generale sancito dall'art. 8 CCS, secondo il quale, colui che da un fatto o da una circostanza vuol derivare diritti a proprio favore, deve provare il fatto oppure la circostanza: nel nostro caso, l'assicuratore che dal sinistro cagionato da colpa vuol derivare il diritto alla propria liberazione oppure alla riduzione della prestazione, dovrà pure, in linea di massima, dimostrare che il sinistro è stato determinato colposamente. RUA VII N° 72 d). E' contro la difficoltà di questa prova, — a volte impossibile — che l'assicuratore deve lottare; non di rado, pur quando la colpa di fatto esiste, egli deve perdere la partita, perchè di un gran numero di sinistri cagionati colposamente, di fatto solo una minima parte è dato dimostrare. In pratica dunque, tutto l'interesse dell'assicuratore è concentrato, nel problema che noi trattiamo, nella dimostrabilità della colpa dell'assicurato.

In particolare, agli effetti di questa prova, dobbiamo distinguere due casi:

a) Il sinistro cagionato da intenzione o colpa grave dell'assicurato. Come regola generale, l'esistenza del sinistro, dal quale si deduce la prestazione dell'assicuratore, o di quell'evento avente tutte le caratteristiche esteriori del sinistro, deve essere dimostrata dall'assicurato, in ogni caso.

Nel nostro caso, l'assicuratore dovrà dimostrare che nella determinazione del sinistro, l'assicurato si è reso colpevole di intenzione oppure

di colpa grave, e che questo contegno colposo sta in rapporto causale con l'avverarsi del sinistro.

In generale, la presunzione che tra il contegno colposo dell'assicurato e l'avverarsi del sinistro sia dato il nesso causale, non esiste; il più delle volte, nei casi di dimostrabilità, la situazione di fatto sarà però tale, che il contegno colposo dell'assicurato, oppure il nesso causale, oppure ambedue contemporaneamente, emergono dalle circostanze concrete (1).

La questione deve essere considerata di diritto: il Tribunale federale può riesaminare se il contegno dell'assicurato debba essere ritenuto intenzionale o gravemente colposo, o se è stato causale per il verificarsi del sinistro.

b) Il sinistro determinato da persone ausiliarie. In questo caso all'assicuratore è imposto un duplice « onus probandi ».

Egli dovrà in primo luogo dimostrare che uno dei terzi indicati dall'art. 14 III LCA abbia agito con intenzione o colpa grave, e che questo suo contegno è stato causale per il prodursi del sinistro. In sostanza deve dimostrare le stesse circostanze come nel caso precedente, con la differenza che qui la persona implicata nella determinazione non è l'assicurato, bensì un terzo.

In più, dovrà provare che lo stipulante o l'avente diritto si è reso colpevole di colpa grave « in eligendo et custodiendo ».

L'onere della prova perde tutta la sua importanza nel caso dell'articolo 14 IV LCA. In questo caso, la fattispecie del sinistro cagionato da colpa non ha nessun effetto giuridico, lascia la prestazione dell'assicuratore intatta. Costui, non derivando diritto alcuno del fatto della determinazione, non ha alcun interesse a dimostrarne l'esistenza.

Altra questione riguardante l'onere della prova è quella di sapere se si possa ammettere una prova di « prima facie », secondo la quale colui al quale è imposto l'onere, nel nostro caso l'assicuratore, adempie lo stesso, quando dalla situazione di fatto, dal naturale rapporto in cui le circostanze stanno tra di loro, si possa arguire che il sinistro sia stato cagionato colposamente. L'ammissione di una tale prova comporterebbe

(1) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 223.

certamente per l'assicuratore una facilitazione per quanto riguarda l'onere di fornire la prova. Egli potrebbe così limitarsi a provare la verosimiglianza e la probabilità che il sinistro sia stato cagionato da colpa, e a rendere accettabile questa ipotesi.

In generale e per il caso normale, questa prova non è ritenuta sufficente dalla giurisprudenza: l'assicuratore deve produrre, come abbiamo già visto, elementi di fatto dai quali emerga chiaramente il carattere colposo della determinazione (2). Ciò risulta dal fatto che il Tribunale Federale ritiene che eventuali dubbî circa la determinazione del sinistro debbano essere decisi a favore dell'assicurato. RUA IV N° 85 b). Inoltre, nel caso particolare di sinistro determinato intenzionalmente, a provare lo stesso non bastano indizî, anche se numerosi, che potrebbero giustificare logicamente la deduzione.

Da un punto di vista della procedura, all'assicurato resta la facoltà di produrre tutti quegli elementi che servano a contestare l'affermazione dell'assicuratore ed i mezzi che questi ha presentato per suffragarla: il giudice deve tener conto anche di questi elementi prima di emettere il giudizio.

II. **Casi particolari.** In questo n° tratteremo delle altre circostanze da provare in caso di determinazione del sinistro, e degli altri casi in cui l'onere della prova spetta, invece che all'assicuratore, all'assicurato.

a) Quando la colpa dello stipulante oppure dell'avente diritto è stata dimostrata, e questo oppone che non esista nesso causale tra il contegno colposo e il sinistro, nesso che è stato eliminato da altra causa indipendente che abbia determinato il sinistro, esso dovrà dimostrare questo nesso causale che elimina quello richiesto dalla fattispecie (3),

b) Quando l'assicurato è maggiorenne e vuol prevalersi della eccezione che il sinistro è stato causato nello stato d'incapacità di discernimento, dovrà fornirne la prova. RUA V N° 380 e),

---

(2) Nella giurisprudenza tedesca, nella quale non si riconosceva all'assicuratore il diritto alla prova di « prima facie », si è prodotta una evoluzione e, in un tempo successivo, si è fatta strada la convinzione che all'assicuratore non si debbano imporre compiti troppo gravosi, ma che per la stessa basti un certo grado di probabilità, secondo il corso dei fatti e le esperienze della vita, che il sinistro sia stato prodotto colposamente. Stupp, op. cit. pag. 76.

(3) Cfr. § 6 I del lavoro e Roelli op. cit. pag. 223.

c) Quando una delle parti si riferisce e fa valere una clausola del contratto che deroghi all'ordinamento della legge, dovrà dimostrare la clausola, quando la deroga è stata intesa a suo vantaggio. Così, se l'assicuratore sostiene che è stato pattuito contrattualmente che in caso di colpa grave nella determinazione del sinistro, egli sarà completamente liberato, egli dovrà fornirne la prova: così pure l'assicurato che vuol prevalersi del patto secondo il quale l'assicuratore ha rinunciato al proprio diritto di ridurre la prestazione in caso di colpa grave, dovrà fornirne la prova. RUA VI N° 89 a).

In questo caso la prova non sarà difficile da fornire, in quanto alle parti sta a disposizione, per quel che riguarda il contenuto del contratto, un ottimo mezzo di prova costituito dalla polizza.

d) Nel caso in cui la determinazione del sinistro sia da ascrivere al dovere d'umanità, lo stipulante o l'avente diritto dovrà fornire la prova che il suo contegno è stato ispirato a quel dovere. In pratica, questa prova non sarà che la conseguenza di quella già fornita dall'assicuratore del contegno colposo dell'assicurato, che è stato causale per il verificarsi del sinistro. In sostanza, quando l'assicuratore avrà dimostrato l'intenzione nella determinazione, come osserva il Roelli (4), all'assicurato non resterà più, di fatto, alcuna possibilità di provare la propria buona fede e il proprio nobile agire in confronto di interessi di terzi, perchè il concetto di intenzione a' sensi dell'art. 14 I, come fu già rilevato, esclude a priori un contegno avente intenzioni altruistiche: l'intenzione a tenore dell'art. 15, non è che una intenzione apparente. Per contro, quando l'assicuratore ha dimostrato la colpa grave dell'assicurato, oppure la colpa grave di un terzo e la colpa grave « in eligendo et custodiendo » dell'assicurato, a questo rimane aperta la possibilità d'invocare le sue buone intenzioni e di fornirne la prova agli effetti dell'art. 15. Questa controprova dovrebbe, secondo la natura della cosa, di regola, emergere già dal materiale di prova prodotto dall'assicuratore.

e) Un altro caso particolare dell'onere della prova è costituito dalla situazione di fatto nell'assicurazione infortuni. Questa peculiarità

---

(4) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 239.

del ramo è di somma importanza pratica e di una grande portata generale, onde riteniamo opportuno trattarla più diffusamente in un n° a parte.

III. La prova nell'assicurazione infortuni.

1. Prima dell'entrata in vigore della LCA, la giurisprudenza svizzera aveva sempre risolto la questione di sapere a chi dovesse essere imposto l'onere della prova, nel senso che lo stesso toccasse all'assicurato.

Questa costante prassi dei tribunali non era certo da considerarsi arbitraria, ma era una conseguenza logica della corrente dominante nella dottrina del diritto d'assicurazione, la quale definiva il sinistro della assicurazione infortuni, nell'uso corrente della tecnica del ramo denominato « infortunio », come l'evento presentante i seguenti caratteri:

a) doveva essere **violento,**

b) **improvviso,**

c) doveva produrre un **danneggiamento corporale** dell'assicurato,

d) e doveva inoltre essere di **carattere involontario.**

L'assicurato, il quale per aver diritto alla prestazione dell'assicuratore deve dimostrare che il sinistro, nella sua qualità di fattispecie si è avverato, o, in altre parole, deve provare che il rischio assunto dall'assicuratore si è realizzato, si trovava così a dover dimostrare l'infortunio, evento che presenta i caratteri testè descritti. Siccome alla nozione di infortunio apparteneva anche il carattere involontario dell'evento, l'assicurato doveva dimostrarlo, in quanto lo stesso ne era parte essenziale. Dalla nozione particolare di infortunio, aveva dunque origine il differente ordinamento dell'onere della prova, per quanto riguarda la determinazione, in ispecial modo l'imposizione dello stesso all'assicurato e non più all'assicuratore come avveniva negli altri rami (5).

2. Dopo l'entrata in vigore della LCA, questo ordinamento dell'onere della prova, generalmente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza per l'assicurazione infortuni, non poteva più, a tenore della

---

(5) Cfr. per la vecchia giurisprudenza RUA II N° 170, 171, 172 a) e RO 33 II 531.

legge, essere ritenuto esatto: il problema andava apprezzato secondo l'art. 14 LCA e l'onere della prova doveva essere imposto all'assicuratore, che dalla fattispecie derivava diritti, in omaggio al principio generale dell'art. 8 CCS. La norma, di portata generale nel campo assicurativo, doveva essere applicata anche all'assicurazione infortuni, per la quale non era stata redatta, al riguardo, nessuna norma di carattere speciale.

L'applicazione della legge nel senso da noi sopra descritto, avrebbe portato ad un radicale cambiamento degli usi invalsi nella pratica assicurativa, per cui le condizioni dell'assicurazione infortuni continuarono ad accogliere la nozione d'infortunio quale valeva già prima nella dottrina. All'ammissione di tale condizione, che viene a derogare al principio della legge per quanto riguarda l'onere della prova, non si oppone nè lo spirito della legge, nè il tenore della stessa: l'art. 14 I dal quale è desunto l'obbligo dell'assicuratore di fornire la prova non essendo di carattere imperativo, ed ammettendo implicitamente una tale deroga. LCA 98 e 97.

La situazione giuridica è pertanto la seguente: l'onere della prova è regolato generalmente e quindi anche per l'assicurazione infortuni come per tutti gli altri rami e l'assicuratore è tenuto a dimostrare la volontarietà dell'infortunio, quando voglia invocare a proprio favore le conseguenze dell'art. 14. Se nel contratto è stata però accolta la clausola che definisce l'infortunio, tra l'altro, come l'evento avente carattere involontario, l'assicurato, provando l'esistenza dell'infortunio, dovrà pure provare, nel singolo caso, questo elemento essenziale dello stesso. RUA IV N° 239 b) oppure RO 46 II 195.

Queste considerazioni valgono per quanto riguarda la determinazione intenzionale del sinistro: per la colpa grave rimangono ferme le considerazioni fatte precedentemente, perchè non possiamo mettere la stessa in relazione con la volontarietà.

3. La giurisprudenza ha però voluto controbilanciare il pregiudizio che l'assicurato viene a subire con siffatto ordinamento dell'onere della prova, ammettendo a favore dello stesso la prova di « prima facie », ciò che aveva negato per il caso normale.

Se non è dato appurare alcun punto d'appoggio che faccia supporre che l'infortunio abbia carattere volontario, basterà che l'assicurato provi gli altri requisiti della nozione d'infortunio affinchè questo sia provato: non sarà necessario, in questo caso, che il carattere involontario sia provato, perchè tutte le circostanze fanno supporre che l'infortunio sia tale. Basterà in sostanza che la possibilità dell'involontarietà possa essere provata.

La possibilità sola non basta, quando sorgano dubbî che possano far credere alla volontarietà. In questo caso, l'assicurato deve fornire la prova del carattere involontario dell'infortunio. Ma anche in questo caso, non sarà necessario che la prova abbia un valore assoluto, dal quale risulti chiaramente ed inequivocabilmente l'elemento richiesto dalla nozione d'infortunio: basterà che l'assicurato appuri un certo grado di probabilità che l'infortunio sia involontario, secondo i rapporti, le circostanze di fatto e le esperienze della vita. Cfr. l'importante giudizio del Tribunale Federale in RUA IV N° 239 c).

CAPITOLO V

ESCLUSIONE DEL RISCHIO E NORME SULLA DETERMINAZIONE.

Per quanto riguarda il rapporto del nostro tema con quell'apparizione contrattuale denominata esclusione del rischio, abbiamo già avuto campo di esprimerci a più riprese durante lo svolgimento, in ispecial modo per quanto riguarda la nozione di sinistro, il sinistro in qualità di fattispecie, la costruzione giuridica della determinazione, per ciò che riguarda gli effetti (giustificazione giuridica della liberazione dell'assicuratore e riduzione della sua prestazione) (1).

Ma il problema non può considerarsi esaurito. Le questioni che ci rimangono da trattare, le vogliamo esaminare in questo capitolo: in un primo § esamineremo un po' davvicino quell'apparizione di diritto prettamente contrattuale delle assicurazioni che va sotto il nome di esclusione del rischio, mentre in un secondo sarà oggetto della nostra trattazione l'interessante questione del rapporto tra le norme di colpevolezza e l'esclusione del rischio, in particolar modo come siano da conciliare le clausole d'esclusione che le parti hanno pattuito o vogliono pattuire, con i disposti di diritto imperativo contenuti in quelle norme.

§ 13. **L'esclusione del rischio.**

Non vogliamo trattare del rischio in ispecial modo e nemmeno diffusamente della esclusione del rischio perchè tale trattazione non rientra

(1) Cfr. § 3 II, III, § 7 III, § 9 I del lavoro.

che parzialmente nel tema del nostro lavoro. Nostro fine è di richiamare, in questa sede, alcuni concetti ed alcune considerazioni di cui ci dovremo servire più avanti per definire i rapporti tra l'esclusione del rischio e la determinazione del sinistro.

1. Il complesso del rischio e il rischio base del contratto. Punto di partenza delle nostre considerazioni è il concetto di complesso del rischio, peculiare ad ogni ramo d'assicurazione. Il complesso del rischio è definito dal genere stesso dell'assicurazione ed è costituito dall'insieme di tutte le possibilità che l'evento del rischio, agendo sull'oggetto dell'assicurazione, abbia a produrre un evento i cui caratteri formano le peculiarità che distinguono i diversi rami tra di loro. Così ad es. il complesso del rischio nella assicurazione incendio è dato dalla somma delle possibilità che l'evento del rischio, il quale può essere di differente natura (nel nostro caso: fulmine, esplosione, altro incendio, ecc.) venga a contatto della cosa assicurata, producendo un evento che abbia i caratteri di un « incendio ». Soltanto le possibilità che un incendio si avveri, vanno prese in considerazione: altri eventi che non presentano questi caratteri sono, in maniera naturale, esclusi dal complesso del rischio: indifferente è, agli effetti dello stesso, di che natura siano state le cause che hanno determinato l'evento.

Le possibilità formanti il complesso del rischio, per la definizione del quale fa stato la natura dell'evento, sono infinite, per cui non è corrispondente ai principî dell'equità l'assunzione di tutto il complesso del rischio da parte dell'assicuratore, perchè verremmo così ad avere un rapporto giuridico nel quale una parte è sproporzionatamente avvantaggiata. Affinchè il rapporto giuridico possa essere contenuto in termini che non offendano l'equità e siano conformi alla buona fede e ai bisogni del traffico, occorre che il rischio sia definito non soltanto per quanto riguarda i caratteri dell'evento, bensì anche in rapporto alle cause che determinano quell'evento. Soltanto in tale guisa, dando al rischio precise proporzioni, potremo pensare ad un possibile rapporto giuridico nel quale il rischio, ente astratto passibile di considerazioni per scopi pura-

mente teorici, possa essere ridotto entro termini precisi, venire assunto dall'assicuratore e formare così il rischio base del contratto.

In questo modo, l'evento che nell'ambito del complesso del rischio serve a delimitare il ramo d'assicurazione, diventa, quando costituisce la conseguenza del rischio base del contratto, il sinistro, di cui abbiamo già visto i caratteri e che fa stato per la prestazione dell'assicuratore.

Questo rischio è perfettamente definito nella sua estensione per convenzioni delle parti: a quest'uopo servono le clausole d'esclusione contenute nelle condizioni generali d'assicurazione in un primo tempo, e le clausole d'esclusione previste nel singolo contratto in un secondo tempo. Queste clausole d'esclusione sono espressamente riservate dalla nostra legge. LCA 33 (2).

II. **Diverse specie di clausole d'esclusione.** Tra le cause che influendo sull'oggetto dell'assicurazione fanno sì che si produca l'evento avente i caratteri della realizzazione del rischio, dobbiamo distinguere due specie: quelle provenienti da una sfera al di fuori di quella personale dell'assicurato e costituite esse stesse da eventi del rischio (i cosidetti eventi elementari) e quelle provenienti dalla sfera personale dell'assicurato e che sono dirette a produrre l'evento del rischio, il quale, venendo a contatto dell'oggetto dell'assicurazione, determina quell'evento che in caso di rischio assunto, costituisce il sinistro.

Le clausole d'esclusione, disposizioni contrattuali che si prefiggono di limitare il rischio e che devono essere redatte, secondo l'art. 33 LCA in modo preciso, non equivoco, si possono dirigere verso due campi essenzialmente differenti del rischio: quello elementare e quello personale dell'assicurato. Secondo questa distinzione abbiamo due specie di clausole d'esclusione.

Ma anche tra le clausole d'esclusione riguardanti la sfera personale dell'assicurato, occorre, agli effetti del nostro lavoro, fare un'ulteriore

(2) Occorre richiamare che, oltre a questa limitazione contrattuale del rischio, anche singole norme della legge prevedono, imperativamente o dispositivamente, una limitazione del rischio che deve formare la base del contratto. Le nostre norme di colpevolezza sono tra queste: ci riferiamo qui a quanto detto al § 7 III del lavoro.

distinzione: vedremo in seguito quale importanza ha, questa distinzione, per quanto riguarda il rapporto tra le clausole d'esclusione e le norme imperative sulla determinazione.

1. Abbiamo prima di tutto clausole riguardanti uno stato, una qualità dell'assicurato, sul quale stato e sulla quale qualità egli non può esercitare una potestà diretta, tendente a eliminarli o comunque a tenerli lontani, o se anche ciò fosse possibile, non avviene senza grave scapito economico dell'assicurato. Di questo genere sono per es. le clausole che escludono dall'assicurazione infortunî collettiva certe categorie di persone affette da determinate infermità, oppure certe categorie di persone che esercitano una data attività, sia essa professionale oppure accessoria alla professione.

A questa categoria di clausole appartengono pure quelle escludenti dall'assicurazione un dato contegno dell'assicurato, contegno che, se anche sia da classificare come straordinario dell'attività umana, non va certo imputabile alla sua colpa. Così ad es. la clausola che esclude dall'assicurazione infortunî quegli incidenti capitati durante un giro in montagna, oppure quelli successi durante un viaggio in aeroplano: se anche il fatto di fare escursioni in montagna o di viaggiare in aeroplano non possa oggi essere considerato di ordinaria amministrazione, non possiamo certo asserire che lo stesso sia da imputare a colpa dell'assicurato. Per quanto riguarda le apparizioni della vita e l'apprezzamento delle stesse da parte dei tribunali, siamo già (almeno in ispirito) molto lontani da quei tempi nei quali un tribunale, volendo far responsabile una compagnia ferroviaria per un incendio causato da una scintilla proveniente dalla locomotiva, asseriva che il fatto di esercire un ferrovia costituisce di per se stesso una colpa!

2. Altra categoria di clausole escludenti fatti o circostanze appartenenti alla sfera personale dell'assicurato, sono quelle che si riferiscono ad un contegno dello stesso che può essere forzato nel sistema della colpa e che va messo in relazione con il rischio altrimenti assunto. Da equiparare alle stesse sono le clausole che definiscono un dato contegno dell'assicurato come corrispondente ad una data gradazione di colpa. Così per es. la clausola dell'assicurazione infortunî equiparante la man-

cata osservanza di regolamenti ed ordinanze emanati per la protezione della vita e della salute, la « ubriachezza manifesta », l'« impresa temeraria » ecc. ad una colpa grave dell'assicurato. RUA IV N° 80.

§ 14. Rapporto tra le norme di colpevolezza e l'esclusione del rischio.

Il rapporto tra le norme di colpevolezza e le clausole di esclusione è essenzialmente diverso a seconda che si tratti di norma di colpevolezza dispositiva oppure imperativa: questa è la prima distinzione che occorre fare agli effetti del rapporto oggetto della nostra trattazione. Nell'ambito dei due campi di rapporti, la distinzione fatta precedentemente tra le varie specie di clausole d'esclusione avrà un diverso significato.

I. **Clausole d'esclusione e norme dispositive.** Per quanto riguarda il rapporto tra le norme dell'art. 14 I, II e III LCA e le diverse possibili clausole d'esclusione, non sorgono difficoltà di nessun genere per la risoluzione della controversia: le clausole d'esclusione debbono avere la precedenza nell'applicazione ai rapporti tra l'assicuratore e l'assicurato e sono senz'altro ammissibili (non importa di quale specie esse siano) in quanto non vadano contro le limitazioni imposte dal diritto generale contrattuale. Il problema non offre l'interesse di un'ulteriore trattazione: per questo caso specifico occorrerà richiamare quelle di carattere generale fatte a proposito delle deroghe contrattuali all'ordinamento della LCA e che avevano valore per quanto riguarda il rapporto tra le condizioni generali d'assicurazione e le norme di colpevolezza (3).

In questo caso e in ogni altro nel quale la clausola d'esclusione possa avere la precedenza nell'applicazione alle norme di colpevolezza, l'assicuratore è tenuto a fornire la prova dell'esistenza della clausola, perchè egli deriva, dalla stessa, il diritto di non coprire un dato rischio e di non rispondere per quegli eventi che possono essere considerati come realizzazione di quel rischio. RUA V N° 138.

(3) Vedi § 9 III A e § 10 III del lavoro.

II. **Clausole d'esclusione e norme imperative.** Il problema acquista, in questo caso, un interesse particolare, perchè qui siamo di fronte a due volontà contrastanti: quella del legislatore e quella delle parti. Il legislatore, dando forza semi-imperativa ad alcune norme (volendo cioè che le stesse non potessero essere mutate da patti sfavorevoli all'assicurato, LCA 98 I) tendeva a proteggere l'assicurato da possibili patti a suo svantaggio che potessero intervenire tra lui e l'assicuratore: patti sfavorevoli all'assicurato sono appunto, in ogni caso, le clausole d'esclusione.

La questione di sapere come debba essere risolta la collisione della volontà del legislatore e quella delle parti non si decide in maniera unica, dando la precedenza ad una piuttosto che ad un'altra volontà, ma occorre distinguere due casi, data la diversa specie delle clausole d'esclusione, nei quali la controversia sarà risolta differentemente.

a) Nel caso in cui si tratti di clausole escludenti fatti o circostanze al di fuori della sfera personale dell'assicurato, oppure di clausole riguardanti l'ambito personale dello stesso ma non riferentisi direttamente ad un suo contegno colposo (vedi § 14 II 1) queste vanno dichiarate ammissibili anche nei confronti delle norme imperative di colpevolezza (LCA 14 IV e 15) e vengono applicate ai rapporti tra assicurato e assicuratore. In altre parole, per quanto riguarda queste particolari clausole d'esclusione, è riservata la libertà contrattuale anche nei confronti del diritto imperativo in materia di determinazione (4).

Questa nostra asserzione sta in apparente contrasto con quanto abbiamo affermato sulla natura giuridica della determinazione (5). Qui dobbiamo ricollegarci alle nostre esposizioni secondo le quali la natura delle norme di colpevolezza erano intravviste in regole, sancite dalla legge, sulla esclusione del rischio. Abbiamo parlato di contrasto apparente: infatti noi abbiamo prospettato una situazione secondo la quale determinate clausole escludenti una data specie di rischio e pattuite dalle parti hanno la precedenza su altre norme d'esclusione del rischio (in sostanza clausole d'esclusione) sancite imperativamente dalla legge.

(4) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 197.
(5) Cfr. § 7 III del lavoro.

Apparentemente andiamo contro al principio secondo il quale non è dato derogare con disposizione contrattuale a principî di diritto imperativo: perciò la nostra affermazione ha bisogno di una giustificazione.

Occorre, in questa sede, approfondire il concetto da noi espresso nella trattazione della natura giuridica della determinazione del sinistro. In quella sede, quando abbiamo parlato di esclusione del rischio, questa era intesa in un senso generale: nel senso cioè che la realizzazione del rischio escluso dal contratto non costituisce sinistro, ma solo un evento che ha i caratteri della realizzazione e non giustifica quindi la prestazione dell'assicuratore.

Ma l'esclusione del rischio sancita dalle norme di colpevolezza è di ben altra natura di quella delle clausole che in questa sede ci occupano. L'applicazione delle norme di colpevolezza presuppone un contratto d'assicurazione: il contratto d'assicurazione, a sua volta, presuppone un oggetto sul quale gravi un determinato rischio. Questo rischio deve, per ragioni di giustizia e d'equità, essere, alla conclusione del contratto, esattamente definito nella sua natura. E' ai fini della esatta definizione di questo rischio che servono le clausole d'esclusione che qui ci interessano. L'esclusione del rischio sancita dalle norme di colpevolezza si esplica dunque in un'altra direzione, e si basa su un substrato del rischio già definito da clausole d'esclusione contrattuali (6).

Contrario a questa opinione, che è quella di Roelli (7), è Ostertag (8), secondo il quale la protezione dell'assicurato da parte del legislatore, il quale include imperativamente la colpa lieve e il dovere d'umanità nell'assicurazione, diverrebbe affatto illusoria se le parti (o l'as-

---

(6) Se ci fosse permesso parlare in termini geometrici, oseremmo dire che l'esclusione del rischio da parte delle norme di colpevolezza si esplica in un'altra **dimensione** di quella delle normali clausole d'esclusione. Graficamente, per chi ci trova gusto, si potrebbe rappresentare l'esclusione contrattuale su un'ascissa e quella della colpa su una coordinata: dall'insieme risulterebbe l'effettiva esclusione del rischio che fa stato per i rapporti contrattuali.

(7) Roelli, op. cit. pag. 197-198, 234 e 239.

(8) Scrive Ostertag nell'op. cit. a pag. 25: « Die zum Schutze des Vn zwingend ausgestalteten Vorschriften über Verletzung der Anzeigepflicht, Verletzung von obliegenheiten, Deckung der leichtfahrlässigen Herbeiführung des Gefahrereignisses usw. dürfen nicht dadurch ausgeschaltet werden, dass Schäden, deren Ersatz nach jenen Vorschriften gegeben wäre, nach dem Grundsatz der Freiheit der Risikolimitierung von dem Kreise des übernommenen Risikos ausgeschlossen werden ». Vedi anche SJZ vol. XI pag. 91 e segg.

sicuratore) per mezzo della definizione del rischio potessero pervenire ad eliminare l'applicazione delle norme imperative.

Ma se accettassimo l'opinione di Ostertag, secondo la quale la norma imperativa di colpevolezza deve avere in ogni caso la precedenza nell'applicazione, saremmo posti di fronte ad una curiosa situazione di fatto. Ci serviremo, per spiegarla, di un esempio. Supponiamo che in un'assicurazione infortunî, siano esclusi quegli infortunî successi all'assicurato durante le gite in montagna, clausola che va senz'altro dichiarata ammissibile. Se l'assicurato, durante una di tali gite resta infortunato senza propria colpa, non avrà nessun diritto all'indennità, perchè nel caso specifico si tratta di una realizzazione di un rischio escluso, non giustificante la prestazione dell'assicuratore. Se costui si rende colpevole di colpa lieve, avrà diritto all'indennità, perchè, secondo Ostertag, in nessun caso è dato eliminare la norma dell'art. 14 IV LCA. Abbiamo dunque un obbligo alla prestazione in caso di colpa (sia essa pure lieve) mentre che nel caso in cui l'evento avente le caratteristiche del sinistro si è avverato in modo normale, senza il concorso della colpa dell'assicurato, l'assicuratore non è tenuto alla prestazione! Situazione affatto anormale, che non può essere stata voluta, logicamente, dal legislatore.

Secondo Ostertag, l'interpretazione estensiva che si deduce dallo scopo protettivo delle norme imperative, dovrebbe trovare applicazione anche nel caso del rapporto tra queste e l'esclusione del rischio: secondo le sue esposizioni, Roelli starebbe in contraddizione con quanto egli sostiene a proposito del rapporto tra l'estensione del rischio e l'obbligo alla dichiarazione dell'assicurato, e a proposito della clausola dell'assicurazione mobiliare incendio secondo la quale l'assicurazione copre i danni fintanto che gli oggetti assicurati si trovino in un dato locale.

Nel primo caso Roelli (9) sostiene la nullità della clausola secondo la quale l'assicuratore assume il rischio nell'estensione risultante dalle dichiarazioni dell'assicurato, in quanto la protezione garantita dall'art. 6 LCA viene ad essere eliminata. Secondo Roelli l'obbligo alla dichiara-

(9) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 62 e segg.

zione dell'assicurato e la convenzione sull'estensione del rischio non hanno niente in comune: soltanto la circostanza che certi momenti del rischio non dichiarati dall'assicurato, e che al momento della dichiarazione non erano riconoscibili, deve essere tenuta in considerazione, a vantaggio dell'assicurato, anche per la definizione del rischio. Ma da quanto detto più sopra, la posizione sostenuta da Roelli non sta in contraddizione con quell'altra a proposito del rapporto tra le norme di colpevolezza e l'estensione del rischio, per la diversa natura della norma imperativa: in questo caso abbiamo una norma tendente a proteggere l'assicurato dall'arbitrarietà dell'assicuratore in sede di convenzione, cioè al momento in cui il contratto viene conchiuso, mentre che nel nostro caso si tratta di norma imperativa proteggente l'assicurato nel senso del contratto, che esiste già, e le basi del quale sono già state definite.

Alla stessa guisa non possiamo argomentare nel secondo caso, quando Roelli (10) sostiene che la clausola della assicurazione mobiliare incendio secondo la quale l'assicurazione copre i danni che gli oggetti hanno sofferto fin tanto che si trovano in un dato locale, non ha più valore nel caso di alienazione di tali oggetti. Anche qui si tratta di rapporti nell'ambito del contratto. Ma la eliminazione di tale clausola ha una sua precisa giustificazione nel fatto che l'assicurato non è più lo stesso. Economicamente, colui che entra in possesso degli oggetti, potrà servirsi degli stessi solo a condizione che egli possa trasportarli in locali proprî: se la clausola dovesse continuare a sussistere, l'assicurazione costituirebbe un impedimento alla libertà delle transazioni mobiliari che converrebbe togliere di mezzo. Siamo dunque in presenza, anche qui, di un caso affatto diverso dal nostro, dove l'assicurazione deve adagiarsi ai bisogni di natura economica che superano, per importanza, le eventuali pattuizioni delle parti: resta poi anche il fatto che la clausola potrà trovare analoga applicazione in quanto l'assicurazione copra soltanto i danni verificatisi sugli oggetti, fintanto che questi si trovano nel nuovo locale nel quale li ha trasferiti il nuovo proprietario e nuovo assicurato.

Non ci è dunque dato parlare di contraddizione tra le posizioni che

(10) Cfr. Roelli, op. cit. pag. 388.

vanno prese nei singoli casi suesposti, e quella che abbiamo presa per il nostro caso. Le clausole d'esclusione della natura da noi presa in considerazione, hanno la precedenza, nell'applicazione ai rapporti contrattuali, sulle norme imperative di colpevolezza.

b) Le clausole d'esclusione che si basano su fatti e circostanze appartenenti alla sfera personale dell'assicurato, e più precisamente su fatti e circostanze che sono da mettere in diretta connessione con la colpa dell'assicurato, in relazione con la estensione del rischio base del contratto, non sono ammissibili nei confronti delle norme imperative di colpevolezza.

In questo caso, l'intenzione delle parti è chiara: essa tende ad eliminare quelle norme a cui il legislatore ha dato forza imperativa per ragioni che tendono a proteggere l'assicurato, e il principio della non derogabilità contrattuale alla norma imperativa si afferma qui con tutta la sua forza. Si tratta, in sostanza, di una limitazione della libertà contrattuale.

E' certo che la difficoltà maggiore, in questo caso, sarà quella di appurare se la clausola d'esclusione sia da assoggettare a questo schema oppure a quello visto precedentemente: in altre parole, se la clausola si riferisca a fatti o circostanze che vanno apprezzate alla luce della definizione contrattuale del rischio, oppure se vanno apprezzate alla luce del momento della colpa, che si costruisce su una situazione di rischio già definita e che determina nel senso del contratto e nel corso del rischio, un'ulteriore esclusione di rischio.

Così ad es. in un'assicurazione contro i danni del maltempo si tratterà di vedere se la clausola escludente dall'assicurazione i danni cagionati dall'acqua entrata da una finestra lasciata aperta dall'assicurato durante il temporale, sia da apprezzare come una situazione di fatto esclusa dalla copertura, oppure a' sensi della colpa dell'assicurato: secondo questo diverso apprezzamento della clausola, ed ammesso che il fatto di lasciar aperta una finestra durante l'acquazzone costituisca una colpa lieve dell'assicurato (ciò che non sarà sempre, date le circostanze del singolo caso), risulterà l'ammissibilità o l'inammissibilità di questa clausola. Secondo noi (e la nostra opinione potrà essere criticata), la

clausola deve essere apprezzata in relazione alla situazione di fatto costituita dalla finestra aperta, i danni derivanti dalla quale vogliono essere esclusi dalla copertura. Questa situazione, che può essere in relazione con la colpa dell'assicurato come potrà anche non esserlo, non costituisce più elemento del rischio e, secondo le nostre esposizioni di più sopra, non possono più essere applicate le norme di colpevolezza, siano pure imperative: la clausola è dunque ammissibile.

Lo stesso ragionamento deve essere fatto a proposito della nota clausola dell'assicurazione furto con scasso, che esclude dalla copertura i danni derivanti da delitti dei familiari e delle persone ausiliarie dell'assicurato (11). La clausola va, secondo noi, ammessa, perchè per il fatto che il contegno dei familiari non costituisce più un elemento del rischio, per riguardo alla stessa, in base al principio della propria colpevolezza, non ci si potrà più appellare alla colpa dell'assicurato « in eligendo et custodiendo », neanche nel caso in cui questa colpa sia lieve, ciò che terrebbe l'assicuratore ad una prestazione integrale.

L'applicazione delle norme imperative presuppone dunque che il contegno dell'assicurato e delle persone ausiliarie costituisca elemento del rischio base del contratto. Le clausole che si riferiscono al rischio assunto e che vogliono escludere dalla prestazione dell'assicuratore eventi che si possono considerare come realizzazione di tale rischio e che sono stati cagionati da colpa lieve o da dovere d'umanità, non sono ammissibili.

(11) Clausola ammessa anche da Roelli, op. cit. pag. 197.

CONCLUSIONE

Abbiamo terminato il nostro lavoro nell'ambito del campo che ci eravamo imposti in sede introduttiva. Durante lo stesso abbiamo avuto occasione di occuparci di problemi controversi nella dottrina, e di fronte agli stessi abbiamo quasi sempre preso posizione. Non vogliamo riepilogare qui i risultati ai quali siamo giunti, che potranno a loro volta essere criticati e formare nuovo oggetto di controversia per coloro che s'interessano al problema, perchè ciò sarebbe un'inutile ripetizione.

Se vogliamo dire una parola di conclusione al nostro lavoro, questa non potrà esprimere che una circostanza, la quale emerge dappertutto, nello svolgimento del lavoro, senza pur essere mai citata espressamente. Questa circostanza non dovrebbe più, in avvenire, essere discussa, e dovrebbe definire esattamente la posizione del diritto d'assicurazione nel quadro del diritto privato. Vogliamo alludere al fatto che singoli problemi del diritto sul contratto d'assicurazione non possono mai venire trattati indipendentemente; per la loro discussione occorre metterli in relazione con quelli generali di diritto privato e, in particolare, con le norme generali del CO. Il contratto d'assicurazione costituisce pur sempre una parte speciale del diritto delle obbligazioni, e la sua connessione con le norme generali dello stesso non va mai dimenticata, anche se il contratto d'assicurazione è stato regolato da legge speciale non contenuta nel codice.

Ma questo fatto non deve condurre a malintesi. Il contratto d'assicurazione ha, come ogni altro rapporto obbligatorio, le sue peculiarità, che devono essere considerate. I momenti puramente di diritto assicurativo devono sempre essere considerati nella discussione dei problemi riguardanti il contratto d'assicurazione e i tentativi di coloro (1) che vogliono trattarli solo alla luce dei principî generali di diritto privato devono, per quanto siamo venuti svolgendo, essere considerati come falliti.

(1) Cfr. Framhein, op. cit. pag. 1, 53, 96.